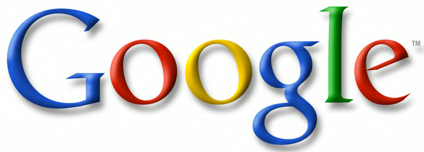
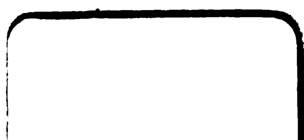








LA

REVUE LÉGALE

PUBLICATION MENSUELLE

DE DROIT, DE LÉGISLATION, DE CRITIQUE ET DE JURISPRUDENCE

RÉDIGÉE PAR

J. J. BEAUCHAMP, B.C.L., C.R.

Avocat et Officier Reviseur, auteur de " *The Jurisprudence of the Privy Council* " et du " *Répertoire de la Revue Légale*."

PHILIPPE DEMERS, B.A., L.L.D.

Avocat

LEANDRE BELANGER.

Notaire

Président du Cercle des Notaires

Avec le concours de plusieurs collaborateurs.

L'étude du droit élève l'âme de ceux qui s'y vouent, leur inspire un profond sentiment de la dignité humaine, et leur apprend la justice, c'est-à-dire le respect pour les droits de chacun.

(ESBACH, Étude du droit p. 12)

TOME II, N. S

— —

MONTREAL

C. THEORET, EDITEUR,

LIBRAIRIE GÉNERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

11 ET 13, RUE ST-JACQUES, (Près du Palais de Justice)

1896

LA

REVUE LÉGALE

N. S.

—

II

LA

REVUE LÉGALE

DU PARTAGE ET DE LA LICITATION JUDICIAIRES.

En terminant mon étude sur le partage judiciaire qui a paru dans le 1er vol. Rev. Légale, pages 129 et suiv., j'invitais les membres du notariat à y répondre. Mon but était d'avoir l'opinion de ces messieurs sur une question qui les intéresse tout autant que les avocats. Car, ainsi que je le soutiens, si le partage de biens possédés par indivis par des majeurs avec des mineurs, des interdits ou des absents ne peut se faire qu'au moyen d'une action, il est évident que les notaires se trouvent par là privés d'une source de revenus assez considérables. Je pensais d'un autre côté que l'intérêt que les notaires ont toujours semblé porter à la noble science du droit les amènerait à discuter cette question avec le calme qui les caractérise.

Malheureusement, il n'en a pas été ainsi; j'ai tellement excité l'ire de ces messieurs, que le digne Président du Cercle des notaires, M. Bélanger, dans une réponse plus longue que judicieuse, est venu me dire en leur nom, que je ne connaissais pas la question que je traitais. Il m'accuse même d'ignorer ce que c'est qu'une action en justice et bien d'autres choses encore.

Je dois faire remarquer, avant de répondre à mon *savant* adversaire, que je n'ai parlé dans mon 1er article que du partage judiciaire. Je me proposais dans une seconde étude, de traiter de la licitation judiciaire. Comme la réponse de Mr. Bélanger traite du partage et de la licitation, je le suivrai sur le même terrain, tout en ne les confondant pas l'un et l'autre comme il l'a fait.

Je réfuterai d'abord les raisons qu'il a apportées à l'encontre de mon opinion concernant le sens que l'on doit donner

aux mots partage en justice, et dans une seconde partie je parlerai de la licitation judiciaire.

I

DU PARTAGE JUDICIAIRE.

Réfutation du système du partage mixte, volontaire et forcé à la fois.—

Pour bien discuter une question, il faut commencer par s'entendre sur les termes. Je n'ai jamais dit que les mots *en justice* voulaient dire *par action* mais j'ai dit et je maintiens que le partage en justice se fait par action.

M. Bélanger me dit, (p. 187 du 1er vol. de la Revue) :—" Je " crois qu'il n'y a que M. Brodeur qui ait pu mettre en doute " que toutes les procédures non contentieuses devaient originer " au moyen d'action sur assignation."—Je n'ai jamais dit cela. Un élève de première année qui émettrait une opinion semblable ne pourrait jamais espérer devenir avocat, pas même notaire.

Qu'est-ce donc que l'action ?—Ce mot a deux sens bien différents.

1o L'action, c'est le droit de réclamer en justice ce qui nous est dû et ce qui nous appartient.

2o L'action, c'est aussi l'exercice de ce droit au moyen de la demande ou de la poursuite en justice.

Le législateur n'emploie pas ce mot indifféremment ; chaque fois que notre Code civil et notre Code de procédure civile se servent de ce mot, ils ne lui donnent pas toujours le sens d'instance.

Ainsi le Code civil se sert du mot action comme désignant le droit de poursuivre dans les articles 106, 196, 1298, 1410 et 1927 ; et comme synonyme de demande, de poursuite dans les articles 36, § 8, 151, 155, 193, 197, 198, 304, 2242.

Dans quel sens faut-il l'employer dans la section ayant pour titre " De l'action en partage et de sa forme" ?

Du principe que nul n'est contraint de demeurer dans

l'indivision découle le droit pour chaque copropriétaire de demander le partage.

L'art. 691 C.C., limite l'exercice de ce droit quant aux incapables : ils ne peuvent pas provoquer le partage définitif des immeubles, mais ils ont le droit d'en demander le partage provisionnel.

Par conséquent, l'héritier majeur a l'action en partage dans les deux sens qu'a le mot action. Quant à l'incapable, il faut distinguer. S'agit-il du partage définitif des immeubles, il a le droit, il a l'action en partage, dans la première acception qu'est pris ce mot ; mais il n'a pas l'exercice de son droit, il n'a pas l'action en partage en ce qu'il ne peut pas intenter une action en partage. L'exercice de son droit est suspendu tant qu'il restera incapable.

S'agit-il au contraire du partage définitif des meubles et le partage provisionnel des immeubles, il a l'action en partage, considérée tant comme droit que comme exercice de son droit. Il peut donc intenter l'action en partage définitif des meubles et l'action en partage provisionnel des immeubles.

Ceci posé, il est facile de répondre à la question ci-dessus. Dans le titre de l'action en partage et de sa forme, le mot action est pris dans les deux sens, et dans les arts. 694 et 695 il est pris dans le sens restrictif d'instance.

M Bélanger dit, p. 188, que nos codificateurs, en employant le mot action dans la section intitulée : *De l'action en partage et de sa forme*, lui ont donné le sens que le Code Napoléon lui donne. Or, au haut de la p. 197, il dit : " En France, lorsqu'il s'agit du partage et de la licitation " d'immeubles dans lesquels des mineurs sont intéressés, on " n'a plus recours à la procédure suivie pour l'aliénation des " immeubles des mineurs ; c'est dans tous les cas le partage " forcé sur assignation."

Vous posez deux principes : eh bien ! tirons-en les conclusions.

Puisque le C. N. ne reconnaît que le partage par action, ce qui est vrai ; puisque notre code donne au mot action le même sens que le C. N. lui donne, ce qui est encore vrai, il faut

donc conclure que notre code aussi ne reconnait que le partage par action.

Maintenant que j'ai démontré ce que c'est qu'une action, mon savant adversaire me permettra d'entrer dans le fond même du sujet.

M. Bélanger et moi nous nous accordons à dire qu'avant le code, par les ch. 48 et 86 des S. R. B. C., les notaires pouvaient, à la demande du tuteur, convoquer le conseil de famille, prendre son avis, faire nommer des experts, et soumettre ensuite toutes les procédures avec une requête au juge en demandant l'homologation et l'autorisation de procéder au partage. C'est l'ancien droit français qui était devenu droit statutaire. Voir Pigeau, Pothier, Merlin, cités dans les pages 130, 135, 189 du 1er vol. Rev. Lég.

Mais notre code a-t-il reproduit, comme le dit M. Bélanger, les dispositions du S. R. B. C.? Je prétends que notre code, à l'instar du Code Nap., n'a reconnu et adopté que deux espèces de partage, et il a complètement mis de côté l'ancien droit, i. e., le mode de partage par requête.

M. Bélanger appuie sa prétention sur un système qu'il a inventé lui-même.

Ce système suppose trois espèces de partage :

1° Le partage amiable ou conventionnel que les copartageants majeurs peuvent faire par tel acte et de telle manière qu'ils l'entendront.

2° Le partage forcé, c'est-à-dire, celui qui a lieu lorsque les copartageants ne sont pas d'accord ; il se fait par une action ordinaire.

3° Le partage mixte ou volontaire en justice auquel le tuteur peut êtré forcé sur provocation d'un cohéritier majeur.

Malheureusement, ce systême a deux grands défauts : 1o il n'est pas logique, 2o il est contraire aux codes.

Il n'est pas logique, voici pourquoi. Je serais d'accord avec M. B. s'il n'admettait que la 1ère et la 2me espèce de partage ; mais la 3e espèce, *le partage mixte ou volontaire en justice auquel le tuteur peut être forcé sur provocation d'un cohéritier majeur*, ne peut être soutenu sérieusement. Car,

enfin, si c'est un partage volontaire, il ne peut pas être forcé. Quand quelqu'un est forcé de faire une chose, il ne la fait pas volontairement. Par conséquent quand le tuteur est forcé de partager sur provocation d'un cohéritier majeur, il ne partage pas volontairement.

Ce système est de plus contraire aux codes.

D'abord il est contraire au Code civil qui, par l'article 693, ne reconnaît que deux espèces de partage. 1o Le partage amiable ou conventionnel. 2o Le partage en justice par action en partage

D'après M. Bélanger, l'argument que nous fournit l'article 691 se résout à ceci :—Cet article déclare que le tuteur ne peut provoquer le partage, mais il peut y être forcé, et alors le partage se fait en justice et avec les formalités requises pour l'aliénation des biens des mineurs ; or l'aliénation par le tuteur des immeubles du mineur étant autorisée par requête, le partage peut donc aussi être autorisé par requête.

C'est une conclusion erronée. Cet article ne peut pas s'expliquer autrement que combiné avec l'art. 693 qui dit que " si quelques-uns des héritiers sont opposants ou absents, s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits, le partage ne peut se faire qu'en justice et l'on y suit les règles tracées aux articles suivants."—Or de quelles règles parlent *les articles suivants ?* C'est évidemment des règles de l'action en partage Il suffit de les lire pour s'en convaincre. Par conséquent, comme je l'ai déjà dit, p. 133 du 1er volume, 2e alinéa, cet article soumet le partage des biens des mineurs aux mêmes, règles que le partage des biens entre majeurs parmi lesquels se trouvent des opposants, c'est-à-dire aux règles de l'action en partage. Il me semble que toute discussion devrait tomber en face de cet article.

Je ne suis pas pour répéter ici tout ce que j'ai écrit dans mon premier travail ; j'y réfère.

" Mais comment forcer ou provoqeur le tuteur au partage, se demande M. Bélanger (p. 198)" ?

" On l'a vu, dit-il, ce n'est que lorsque le tuteur est forcé " ou provoqué au partage par des cohéritiers ou copropriétaires

" du mineur, que le partage se fait en justice avec les forma-
" lités requises pour l'aliénation des biens des mineurs.

" Nous le répétons, ce n'est que lorsqu'il y a désaccord
" entre les parties que, d'après l'art. 919 C. P. C., la poursuite
" peut avoir lieu.

" Mais comment constater qu'il y a désaccord? Les co-
" héritiers ou copropriétaires majeurs pourront constater ce
" désaccord, en mettant le tuteur en demeure de partager et
" à cette fin de convoquer le conseil de famille et faire,
" par le ministère du notaire, toute la procédure requise pour
" l'aliénation des biens des mineurs."

Mais alors d'après cette théorie, si le tuteur est disposé à partager et que le majeur intente une action sans recourir au système de mise en demeure proposé par M. Bélanger, l'action sera renvoyée ! Certainement non. Car l'action en partage est une mise en demeure de partager.

Si cette théorie est la véritable doctrine, jamais l'héritier majeur ne pourrait poursuivre le tuteur en partage. L'action en partage ne pourrait être intentée que par un héritier majeur contre un autre héritier majeur qui refuserait de partager. Car si le tuteur est mis en demeure de partager, le juge devra nécessairement l'autoriser à partager, puisque la loi déclare que chacun a le droit absolu de sortir de l'indivision, nonobstant prohibition ou convention contraire (689 C. C.).

Que deviendrait alors l'article 693 C. C. qui assimile l'héritier mineur à l'héritier majeur opposant. Cet article ne dit pas que l'héritier majeur opposant prendra l'action en partage et que l'héritier mineur devra avoir recours à la licitation volontaire ; non, le mineur est assimilé au majeur opposant et il n'est fait aucune distinction entre les diverses modes de procédure à suivre : c'est l'action en partage.

" En France, dit M. Bélanger, lorsqu'il s'agit de la vente des
" biens des mineurs, en général, les formalités pour y parve-
" nir sont les mêmes que celles prescrites par nos Codes.
" Mais lorsqu'il s'agit du partage et de la licitation d'immeu-
" bles dans lesquels des mineurs sont intéressés, on n'a plus

" recours à la procédure suivie pour l'aliénation des immeu-
" bles des mineurs ; c'est dans tous les cas le partage forcé
" sur assignation."

Et plus loin, (p. 206) il m'invite à comparer le C. N. avec le nôtre " et je constaterais, dit-il, qu'il n'y a pas dans le C. N., au titre du partage, de dispositions semblables à celles que nous avons dans les nôtres, assimulant les formalités du partage et licitation aux formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs."

Comparons donc, puisqu'on m'y convie . aux lecteurs de tirer les conclusions.

CODE CIVIL

CHAPITRE V.

Du Partage et des Rapports

SECTION I.

De l'action en partage et de sa forme.

Art. 691.—Ni le tuteur au mineur, ni le curateur à l'interdit ou à l'absent, ne peuvent provoquer le partage des immeubles de la succession dévolue à ce mineur, interdit ou absent ; mais ils peuvent y être forcés, et alors le partage se fait en justice et avec les formalités requises pour l'aliénation des biens des mineurs.

Il est cependant loisible au tuteur ou curateur de demander le partage définitif des meubles et un partage provisionnel des immeubles de cette succession.

693.—Si tous les héritiers sont majeurs, présents et d'ac-

CODE NAPOLEON

CHAPITRE VI

Du Partage et des Rapports

SECTION I

De l'action en partage et de sa forme.

Art. 817.—L'action en partage, à l'égard des cohéritiers mineurs ou interdits, peut être exercée par leurs tuteurs spécialement autorisés par un conseil de famille.

838.—Si tous les cohéritiers ne sont pas présents, ou

cord, le partage peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties intéressés jugent convenables.

Si quelques-uns des héritiers sont absents ou opposants, s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits, dans tous ces cas le partage ne peut se faire qu'en justice et l'on y suit les règles tracées aux articles suivants.

S'il y a plusieurs mineurs représentés par un seul tuteur et qui aient des intérêts opposés dans le partage, il doit être donné à chacun d'eux un tuteur spécial et particulier pour les y représenter.

709.—Lorsque la licitation a lieu par suite de ce que parmi les cohéritiers il se trouve des absents, des interdits ou des mineurs même émancipés, elle ne peut être faite qu'en justice, avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs.

s'il y a parmi eux des interdits ou des mineurs même émancipés, le partage doit être fait en justice, conformément aux règles prescrites par les articles 819 et suivants, jusque et y compris l'article précédent.

S'il y a plusieurs mineurs qui aient des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial et particulier.

Note.—Les règles prescrites par les articles 819 *et suivants, sont les mêmes que celles prescrites par les articles qui suivent l'art.* 693 *de notre code.*

839.—S'il y a lieu à licitation, dans le cas du précédent article, elle ne peut être faite qu'en justice avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs.

Les étrangers y sont toujours admis.

Voila pour les Codes Civils. N'est-ce pas qu'ils sont identiques quant à ce qui regarde la forme du partage ? N'est-ce pas qu'il faut, en France observer les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs ?

Il résulte donc que, ainsi que je le dis ci-dessus, notre Code civil à l'instar du Code Napoléon n'a reconnu qu'un seul mode de partage judiciaire : c'est celui qui a lieu par action.

Le système de M. Bélanger est aussi contraire aux dispositions du Code de procédure civile.

" Bien loin, dit-il, p. 194 du 1er vol. Rev. Lég., d'avoir " changé les dispositions de l'ancien droit, nos codificateurs " les ont reproduites en entier, en les généralisant autant

" que possible. C'est ce qu'ils déclarent dans leur rapport " sur les articles 919 et suivants, 1256 et suivants et 1267 et suiv. du C. P. C."

Voyons ce que disent les codificateurs dans leur rapport.

D'abord sur les arts. 919 et suiv. relatifs aux partages et licitations forcés, ils disent : " Il est traité dans ce titre du partage et de la licitation forcée, la licitation volontaire ayant des règles particulières qui se trouvent dans la 3e partie de ce code. Les articles de ce chapitre reproduisent tant l'ancien droit que le statut qui a rapport aux licitations forcées."

Dans le titre IIIe C. P. C., il n'y a pas un seul article qui parle de la licitation volontaire des immeubles à part de l'art. 1278 que nous discuterons plus loin. Quant à la licitation volontaire des meubles, il ne peut y avoir de difficulté puisque d'après l'art. 691 C. C., le tuteur peut provoquer le partage des meubles. Il peut donc aussi les liciter volontairement. Qui peut le plus peut le moins.

Les règles concernant la licitation volontaire des meubles se trouvent exposées aux arts. 1315 et suivants.

Quant aux articles 1056 et suivants qui se rapportent aux avis de parents, les codificateurs disent :—" Ce titre a pour " objet de ramener à une règle uniforme la procédure dans " tous les cas où il est nécessaire de consulter le conseil de " famille· Il ne contient aucune disposition nouvelle."

Les articles 1056 et suivants n'ont donc rien à voir avec la question que nous discutons.

Restent les articles 1267 et suivants relatifs à la vente des immeubles des mineurs et autres incapables :—

Le chap. 48 des S. R. B. C. est divisé en deux parties. Dans l'une, il y est traité de la licitation forcée, laquelle a été reproduite presque mot à mot dans les articles 919 et suiv. du C. P. C., au titre de la licitation forcée. Les codificateurs avaient donc raison de dire dans leur rapport concernant les articles 919 et suivants que ces articles reproduisent tant l'ancien droit que le statut relatif aux licitations forcées.

Dans la 2e partie du chap. 48, il est traité de la vente des immeubles des mineurs et de leur licitation volontaire. Cette

partie du chap. 48 a été reproduite en partie sous le titre du C. P. C. intitulé " De la vente des immeubles des mineurs et et autres incapables."—C'est cette partie du chap. 48 qu'a citée au long M. Bélanger, p. 192, 193 et 194.

" On a compris dans ce titre, disent les codificateurs, quel-" ques-unes des dispositions du chap. 48 des S. R. B. C., en " les étendant à l'aliénation des parts ou actions dans les " compagnies industrielles ou financières."

S'ils n'ont compris que *quelques-unes des dispositions*, ils ont donc mis de côté *les autres*, savoir celles relatives à la licitation volontaire

En effet ce chapitre traite de la vente des immeubles des incapables et non du partage, lorsque, suivant les dispositions des articles 298 et 299 du C. C., il est nécessaire de vendre les immeubles appartenant aux mineurs. Il y a une grande différence entre vendre les immeubles appartenant à des mineurs et liciter les immeubles dont il sont copropriétaires avec d'autres. Dans le premier cas ils sont propriétaires, dans le second cas, ils sont dans l'indivis. Il faut qu'ils sortent de l'indivision pour devenir propriétaires.

M. Bélanger a donc tort de dire que les codificateurs déclarent qu'ils ont reproduit en entier les dispositions du ch. 48 des S. R. B. C., *en les généralisant autant que possible* puisqu'au contraire ils disent n'en avoir reproduites que quelques-unes, c'est-à-dire celles relatives à la vente des immeubles appartenant aux incapables. Ils ont complètement omis celles relatives à la licitation volontaire.

Au surplus que veulent dire ces mots " avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs " que l'on voit employer dans les arts 691 et 709 relatifs au partage et à la licitation des immeubles où des incapables sont concernés ? Est-ce à dire qu'il faudra suivre toutes les formalités annoncées aux arts 1267 et suiv. du code de procédure et aux arts 298 et suiv. C. C. ? Il suffit de lire ces articles pour se convaincre qu'il est impossible de les suivre toutes.

Ainsi, l'art. 298 dit que l'autorisation de vendre est accordée par le juge ou le protonotaire ; tandis que l'art. 694 C. C

dit que c'est sous l'autorité du tribunal que se font les licitations et les autres procédures qui s'y rattachent.

Ainsi l'art. 299 C. C. dit que les enchères seront reçues par le tribunal, le juge, le protonotaire ou toute autre personne à ce commise, tandis que l'art. 698 dit que la licitation ne peut être faite par un notaire que dans le cas où les parties sont toutes majeures et d'accord.

L'art. 1268 dit qu'*outre les formalités prescrites au Code civil*, art. 298-299, il faut aussi observer les formalités qui suivent cet article. Donc les formalités du C. C. devront être observées de même que celles du C. P. C. dans le cas de vente des immeubles mineurs. Or l'art. 300 dit que les formalités des arts 298-299 C. C. ne s'appliquent pas aux cas de licitation. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de convoquer le conseil de famille ; par conséquent il n'est pas nécessaire de présenter le compte sommaire.

Mais me dira-t-on l'art. 300 parle du cas où un juge a ordonné la licitation sur *provocation d'un copropriétaire par indivis*. Etant donné que le tuteur ne peut provoquer le partage, il s'en suit qu'il ne peut y avoir partage que sur provocation d'un majeur par une demande en justice, ce que je crois avoir démontré suffisamment.

Mais supposons le cas où il est urgent pour les mineurs de partager ou liciter et que le copropriétaire majeur ne se soucie pas de partager, le tuteur sera-t-il privé de son droit de sortir de l'indivision ? Non, puisque le tuteur peut toujours demander le partage définitif des meubles et le partage provisionnel des immeubles.—Art. 691 C. C.

Je conclus donc comme je l'ai déjà fait : " Le partage en justice constitue une matière contentieuse qui n'est pas du domaine de " Messieurs les Notaires."

Il se trouve dans le titre intitulé : " De la vente des immeubles des mineurs et autres incapables," un article qui semble contredire cette conclusion : c'est l'art. 1278. Mais comme cet article parle de la licitation et non du partage qu'il importe de ne pas confondre ensemble, je le commenterai plus loin lorsque je parlerai de la licitation judiciaire.

II

DE LA LICITATION JUDICIAIRE.

Qu'est-ce que la licitation ?

" La licitation est la vente publique d'un bien indivis entre " plusieurs personnes, pour le prix en être partagé entre les " copropriétaires, en proportion de la part de chacun dans " la chose."—Rousseau & Laisney, Dict. de Proc. C., 2e vol., No. 1403.

" De l'action en partage naissent deux façons de partager : " l'une en nature. *sectione corporum ;* l'autre par licitation.

" Par conséquent la licitation n'est qu'un mode de partage " par équipollence, au lieu de le faire par réalité ; elle est " elle-même *ipsa divisio,* comme la conséquence et l'effet de l'action *communi dividundo.*

" La licitation, dit aussi Lebrun, ne fait autre chose qu'ôter " l'indivis et la communauté d'entre les cohéritiers, ce qui ne " se peut appeler autrement qu'un partage.

" En un mot, la licitation est un partage où les portions se " distribuent à chacun en argent, au lieu de se distribuer en " nature."—Guyot, ch. 2, sect. 13 et ch. 3, sect. 1.

De même que le partage, la licitation est ou volontaire et à l'amiable ou judiciaire.

Elle est volontaire et à l'amiable, dans le cas où toutes les parties sont majeures et capables, présentes et d'accord.

Elle est judiciaire, s'il y a des absents, des mineurs ou autres incapables, ou si l'un ou plusieurs des co-héritiers majeurs ne veulent pas consentir à la licitation volontaire.

De la licitation volontaire à l'amiable.—La licitation volontaire à l'amiable entre majeurs capables peut se faire de n'importe quelle manière et par tel acte que les parties choisiront. (Art. 693 C. C.)

Bien qu'une partie majeure ait été poursuivie en partage sur son refus de partager, elle pourra néanmoins consentir à ce que les immeubles soient licités par licitation volontaire devant un notaire.

Le tuteur du mineur ou le curateur de l'incapable ne le peuvent pas (698 C. C.). Il faut que la licitation soit faite en justice (709 C. C.).

De la licitation judiciaire.—M. Bélanger distingue deux espèces de licitations judiciaires :

1o La licitation forcée,

2o La licitation volontaire en justice.

Nous nous accordons sur les termes, mais non sur leur définition.

D'après les arts. 698 C. C. et 927 C. P. C., la licitation forcée a lieu lorsque les immeubles ne peuvent être partagées avantageusement ou lorsqu'il n'y a pas autant de lots que de co-partageants.

Certains auteurs en France, et des plus respectables, vont plus loin et soutiennent que chaque fois que parmi les cohéritiers il se trouve des absents ou des incapables, il faut absolument liciter les immeubles. Il n'y a jamais partage en nature, c'est le partage sur licitation qui s'impose. C'est là l'interprétation qu'ils donnent à l'art 838 C. N. correspondant à notre article 709 C. C. Et cependant notre article serait bien plus favorable à une telle interprétation. En effet si nous examinons isolément l'art 709 C C, nous devrions conclure de même.

L'art 709 se lit comme suit : "Lorsque la licitation a lieu " par suite de ce que parmi les cohéritiers il se trouve des " absents, des interdits ou des mineurs même émancipés, elle " ne peut être faite qu'en justice, avec les formalités prescri- " tes pour l'aliénation des biens des mineurs."

Il découlerait donc de cet article que lorsqu'il y a des absents ou des incapables parmi les co-partageants, la licitation est toujours *forcée* , en ce sens que quand même les immeubles pourraient commodément se partager, il faudrait les faire vendre, et ce contrairement au principe posé par l'art. 697 C. C. qui donne à chacun des cohéritiers le droit de demander sa part en nature.

Je ne suis pas prêt à admettre une interprétation aussi rigoureuse ; car l'art 697 C C est trop général et dit d'une

manière trop formelle que chacun des héritiers a droit de demander sa part en nature, et que ce n'est que lorsque les immeubles ne peuvent pas se partager qu'il y a lieu à la licitation.

L'art 922 C. P. C. vient confirmer cette interprétation.

La 2e partie de l'art 698 nous dit quand a lieu la licitation volontaire en justice. C'est lorsque les parties étant toutes majeures, elles consentent à ce que la licitation ait lieu devant un notaire sur le choix duquel elles s'accordent.

Par conséquent, si quelques-unes des parties sont opposantes, incapables ou absentes, la licitation se fait devant le tribunal. Je dis le tribunal parce que l'article 694 le dit en ces termes : "C'est sous l'autorité de ce tribunal que se font les licitations et les procédures qui s'y rattachent." Le tribunal, ce n'est pas le juge ou le protonotaire.

De quelle manière doit se faire la licitation judicaire ? Est-ce par requête ou par action ?

Mr. Bélanger prétend que le partage comme la licitation peut se faire par requête.

Je soutiens a contraire que la licitation judiciaire ne peut se faire que par action.

Lorsqu'il y a lieu à la licitation, le partage ne peut se faire qu'après la licitation, ou plutôt la licitation se trouve à opérer le partage, puisqu'elle fait cesser l'indivision (art. 747 C C.) En un mot la licitation est une opération préliminaire du partage ; elle peut devenir le partage même. Il s'ensuit que les formalités nécessitées par les incapacités sont les mêmes dans les licitations et les partages.

Par conséquent, si parmi les colicitants il se trouve des incapables ou des absents, il faudra intenter l'action en licitation, mais à la suite de la demande en partage qui doit précéder, puisque la licitation ne peut être ordonnée qu'autant qu'il est constaté ou reconnu que les biens ne peuvent être partagés commodément et sans perte.

Donc la licitation seule, sans l'action en partage, ne peut avoir l'effet du partage comme il a été jugé dans la cause de Dufort vs Chicoyne, cité dans M. L. R, 3 C. S., p. 211. Bien

que l'article 746 dise que tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers et légataires est réputé partage, encore qu'il soit qualifié de vente, d'échange de transaction ou de toute autre manière, du moins faut-il que cet acte soit légal, car autrement le partage serait illégal et nul :— " Lorsque toutes les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, dit l'art 1015 C C, soit pour l'aliénation d'immeubles, soit pour un partage de succession ont été remplies tels contrats ou actes ont la même force et le même effet que s'ils étaient faits par des majeurs non interdits."

Il s'ensuit que tout ce que j'ai dit plus haut au sujet du partage judiciaire s'applique à la licitation judiciaire.

De ce que l'art 1278 C. P. C. déclare que dans le cas de licitation volontaire d'un immeuble possédé par indivis par le tuteur et ses pupilles, et qui ne peuvent commodément se partager, il faut les liciter en observant les formalités de la vente des immeubles des mineurs édictées par les arts 1267 et suiv. C. P. C., faut-il conclure comme le fait M. Bélanger que la licitation peut se faire par requête ?

Cet article me paraït contredire l'art 793 qui dit que la licitation volontaire en justice faite devant un notaire ne peut être consentie que lorsque toutes les parties sont majeures et d'accord, c'est-à-dire que si, dans une action en partage, il faut nécessairement liciter les immeubles, alors les parties peuvent convenir de faire la licitation devant un notaire. Mais il faut bien remarquer qu'il faut que toutes les parties soient majeures. Cette licitation est volontaire en autant qu'elle est faite du consentement des parties majeures, et elle est judiciaire, en autant qu'elle est faite sous la sanction du tribunal

Mais si quelques-unes des parties sont mineures, les immeubles doivent être vendus par licitation devant le tribunal C'est ce que déclare l'art 698.

L'art 1278 C. P. C. est aussi contredit par l'art 300 C. C. Le premier exige l'assemblée du conseil de famille, le second dit le contraire. En effet, l'art. 300 dit : " Les formalités exigées par les arts 298 et 299 pour l'aliénation des biens des mineurs

ne s'appliquent point aux cas où un jugement a ordonné la licitation sur provocation d'un copropriétaire par indivis ; seulement, en ce cas, la licitation ne peut se faire que dans la forme prescrite par la loi."

Quelles sont les formes prescrites par la loi ? Ce sont celles prescrites par l'art 698 C. C.

L'art. 1278 C. P. C. arrive à une conclusion contraire et permet au mineur de consentir avec les copartageants majeurs à ce que la licitation soit faite devant un notaire.

Qui doit l'emporter du C. C. ou du C. P. C. ? Dans la cause de la Banque d'Echange et la Reine, 9 L. N. 133, décidé par le Conseil Privé, le juge qui a rendu le jugement du tribunal s'exprimait ainsi : " Of course it could be no part of the Procedure Code to controvene the principles of the Civil Code...... And when the Procedure Code is found to overlap the Civil Code, and so it become necessary to modify the one or the other, the fact that the function of the Procedure Code is in this part of it a subordinate one favours the conclusion that it is the one to be modified."

L'objet du C. C. est de déterminer le droit de chacun ; celui du C. P. C. est d'indiquer le mode à suivre pour faire reconnaître ce droit lorsqu'il s'agit de l'exercer devant les tribunaux. Cependant le C. C. contient un grand nombre de dispositions qui sont du domaine du C. P. C. et réciproquement. Par conséquent, lorsqu'il arrive que le C. C. énonce des règles de procédure, il faut les suivre, et ce n'est pas parcequ'incidemment le C. P. C. contient une disposition qui paraîtrait ne pas s'accorder avec toute une ensemble de règles établies par le C. C., qu'il faudra mettre celles-ci de côté.

Il me paraît évident que ce n'est pas par l'art 1278 C. P. C. que nos codificateurs ont voulu déterminer la procédure à suivre pour faire le partage et la licitation judiciaires. L'art. 693 C. C. le dit d'ailleurs assez clairement :—" Si, dit-il, quel-" ques-uns des héritiers sont absents ou opposants, s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits, dans tous ces cas, le partage ne peut se faire qu'en justice, et l'on y suit les règles tracées aux articles suivants."

CONCLUSION.

Je crois avoir démontré que le partage et la licitation d'immeubles possédés par indivis par des absents ou des incapables ne peuvent avoir lieu qu'au moyen d'une action en partage et non au moyen de la requête.

J'ai trouvé deux décisions, comme je l'indique plus haut, qui paraissent déclarer le contraire. Mais ce n'est qu'incidemment que le point en question a été décidé dans ces deux causes. Je suis convaincu que si le problème avait été posé carrément devant le tribunal, la solution aurait été bien différente.

J'ai eu occasion de présenter moi-même une telle requête. Voici sous quelles circonstances :

Six mineurs sont appelés à recueillir 1/36 d'une succession immobilière. Je représentais ces mineurs. Les héritiers majeurs chargent leur notaire et leur avocat de s'entendre avec moi pour arriver à faire autoriser le partage au moyen d'une requête. Mais cette requête fut renvoyée par l'Hon. juge DeLorimier ; malheureusement le jugement n'a pas été enrégistré et ne se trouve pas au dossier.

Croyant contourner la difficulté, nous décidons de présenter au nom du tuteur une requête aux fins de vendre la part indivise des mineurs. Entr'autres choses, j'alléguais dans ma requête que les héritiers majeurs étaient disposés à payer aux mineurs $200.00 de plus que le montant auquel les experts estimeraient leur part indivise, et ce, afin que, les mineurs étant écartés, ils pussent faire le partage à l'amiable, et éviter les frais considérables d'une action en partage. L'honorable juge Taschereau, à qui je présentai ma requête, refusa d'homologuer l'avis du conseil de famille, néanmoins il me permit de la présenter à un autre juge. L'honorable juge DeLorimier renvoya ma requête en ces termes :

" Considérant que les dites procédures n'ont évidemment
" pour but que d'éluder un partage des immeubles mention-
" nés en la dite requête, et que dans les circonstances les con-
" clusions d'icelle requête ne peuvent être accordées ;

" Nous, juge soussigné, renvoyons la dite requête et refusons d'homologuer l'avis du dit conseil de famille."

Ce jugement est en date du 3 juin 1893, *re* Brodeur *et al*, requérants, *exparte*, héritiers de la succession Rivard.

Les frais d'une action en partage des immeubles de cette succession auraient été tellement considérables que les héritiers ont cru préférable de faire un partage à l'amiable et de le faire approuver par un bill de la législature qui est le ch. 93 de 57 Vict.

En terminant cette longue discussion entre M. Bélanger et moi, il serait téméraire pour aucun de nous de croire que nous avons tranché la difficulté, et que la question est maintenant claire et déterminée dans un sens ou dans l'autre.

Si mon distingné contradicteur a apporté au soutien de sa thèse des arguments sérieux appuyés de textes de lois et d'anciennes coutumes, j'ai soutenu la mienne de textes non moins positifs et de plusieurs jugements de nos cours de Justice.

De nos travaux, il résulte qu'il règne une grande incertitude dans une des questions les plus graves de notre droit. En effet, si des doutes sérieux peuvent être soulevés sur la légalité des partages et des licitations faites en justice par les notaires, n'y a-t-il pas là une source de difficultés et de procès pour les familles ; et pour plusieurs peut-être la ruine ?

Dans l'intérêt du droit, de la stabilité des fortunes personnelles, de l'authenticité des actes judiciaires et de la justice, cet état de chose devrait cesser. Puisque nous sommes à refondre notre code de procédure civile, profitons de cette circonstance pour régler ce point important.

Nous avons démontré les inconvénients de la loi actuelle ; à nos législateurs d'adopter le système qui pourrait le mieux s'accorder avec notre droit. Puissent-ils trouver quelque lumière dans mon humble travail et dans celui si *magistral de mon savant adversaire ?*

DONAT BRODEUR,

Avocat.

VENTE DES IMMEUBLES

LA POSSESSION ET L'ENREGISTREMENT A L'ÉGARD DES TIERS.— ENREGISTREMENT APRÈS LA SAISIE ET LA VENTE PAR LE SHÉRIF.

—

SOMMAIRE.

I.— Changements apportés au contrat de vente par le Code civil et la loi d'enregistrement.

Dufresne et *Dixon*, en appel.

II. *Loi ancienne* ; la vente ne transférait pas le droit de propriété dans la chose ; elle n'était parfaite à l'égard des tiers que par la tradition.

Droit nouveau ; le contrat de vente transfère le droit de propriété par le seul consentement des parties, sans tradition ; la tradition est remplacée par l'enregistrement, comme élément essentiel à l'égard des tiers.

644 C. P. C. : La vente après la saisie est nulle.

2091 C. C. : L'enregistrement après la saisie est nul.

2098 C. C. : L'acquéreur ne peut conférer aucun droit dans l'immeuble tant que son titre n'est pas enregistré.

Conséquences.

III. La possession n'est ouverte et publique que par l'enregistrement du titre ; la possession actuelle ne compte pas sans l'enregistrement.

IV. Jurisprudence conforme de nos cours.

1o. L'enregistrement d'un jugement obtenu contre le vendeur, fait sur l'immeuble vendu, est valable, quoique l'acquéreur soit en possession publique comme propriétaire, si son acte d'acquisition n'est pas enregistré.

2o. La possession invoquée pour prescrire contre une hypothèque, par dix ans, ne compte que du jour de l'enregistrement de l'acte de vente.

3o. Une action hypothécaire est bien dirigée contre celui qui a vendu l'immeuble, et en a livré la possession à l'acquéreur, si le titre de ce dernier n'est pas enregistré.

Grothé et *Stuart*, critiqué.

Drouin vs. *Hallé*, examiné.

V. *Dufresne* et *Dixon*, a jugé que le shérif n'est que l'agent du saisi ; d'où la vente faite par le shérif n'a pas plus d'effet que celle faite volontairement par le failli, et l'enregistrement de la vente volontaire par le failli prime et annulle la vente judiciaire, si elle est enregistrée avant

celle-ci ; l'enregistrement n'eût-il lieu qu'après la saisie et même après la vente.

Critique de ce jugement.

Effets de la saisie et de la vente judiciaire.

VI. Différence entre le droit moderne en France et le nôtre sur les formalités de la saisie des immeubles ; nos codes sont plus explicites que la loi française.

VII. Origine et nature de la saisie ; ses effets ; la saisie est un gage judiciaire, lequel est vendu par la justice pour satisfaire le créancier.

Conséquences.

644 C. P. C. : La vente faite par le débiteur après la saisie est nulle.

2091 C. C. : L'enregistrement après la saisie est nulle.

VIII. L'enregistrement de la vente par le shérif n'a pas pour objet de lui donner publicité, mais de faire radier l'enregistrement de tous les droits réels qui sont purgés par le décret. (2125, 2126, 2127, C. C.)

I.—Les principes sur la vente des immeubles ont subi, par suite des lois d'enregistrement et des amendements contenus aux articles 1025 et 1472 du C. C., de profondes modifications, dont les effets les plus importants ont été signalés en différents temps par les arrêts des cours. Mais la jurisprudence n'a pas été uniforme sur tous les points ; de plus, il se présente encore dans la pratique des difficultés qui ne peuvent être résolues avec sûreté que par l'étude de la loi ancienne et des changements qu'elle a subis par le Code Civil. C'est cette étude que nous nous proposons de faire à l'occasion d'un jugement de la Cour Supérieure confirmé en appel et en Cour Suprême (*Dufresne et Dixon*, 22 L. C. J. 80), où il s'agissait de la saisie et de la vente d'un immeuble par le shérif. Cet arrêt nous a toujours paru avoir méconnu l'un des effets les plus essentiels des principes nouveaux sur la vente des immeubles : que la tradition a cessé d'être un facteur dans la vente des immeubles, et qu'elle a été remplacée par l'enregistrement de l'acte de vente, qui est devenu lui-même un élément essentiel pour compléter le contrat à l'égard des tiers.

Le jugement dans *Dufresne & Dixon* a posé en principe : 1o que l'enregistrement n'est pas essentiel pour la perfection de la vente, quant aux tiers, et que la possession par l'acqué-

reur suffit, sans l'enregistrement du titre ; d'où la saisie et la vente forcée d'un immeuble faite dans ces conditions, sur le vendeur, à la poursuite de ses créanciers, serait nulle comme faite *super non domino* ; elle n'aurait pas lieu, aux termes de l'art. 632 du C. P. C. sur la personne qui possédait l'immeuble, ou était réputée le posséder *animo domini*, et l'acquéreur, dont le titre n'est pas enregistré, peut obtenir la nullité du décret ; 2o que l'acquéreur antérieur à la saisie et l'adjucataire dérivent leur titre du même auteur, et dans ce cas le titre premier enregistré l'emporte sur l'autre ; en d'autres termes, l'enregistrement après la saisie, et même après la vente judiciaire, est valable et annulle le décret, s'il précède l'enregistrement du titre accordé par le shérif.

Il suffit d'énoncer ces propositions pour en faire saisir la fausseté par tout praticien un peu familier avec nos codes ; mais la réfutation d'un sophisme exige quelquefois de longs développements.

Dans l'espèce, elle ne peut être effective qu'en exposant les principes de la loi ancienne et de la loi nouvelle sur la vente et sur l'enregistrement des actes translatifs de propriété immobilière ; il faut aussi connaître d'une manière certaine la nature de la saisie et du décret et leurs effets.

On conçoit, à cet exposé, les difficultés et les dangers de soumettre de telles questions à un tribunal composé en majorité, comme la Cour Suprême, de juges étrangers à nos lois provinciales, et combien il importe de soustraire au plus tôt les questions de droit civil à sa connaissance.

II.—Dans l'ancien droit, le contrat de vente seul ne transférait pas le droit de propriété dans la chose ; il ne donnait que le *jus ad rem* et non le *jus in re*. Pour transférer la propriété il fallait qu'il y eût tradition. Ce sont les propres expressions du projet du Code Civil, (art. 44, *Obligations*).

Le vendeur assumait l'obligation non de transférer à l'acquéreur la propriété de la chose vendue, mais seulement de lui en garantir la possession paisible comme propriétaire.

C'est ce qu'exprimait encore l'article I du Projet du Code, sur la *Vente*, dans les termes suivants : "La vente est un contrat par lequel une personne s'oblige à donner à une autre la jouissance libre et paisible d'une chose, comme propriétaire, moyennant un prix en argent, que la dernière s'oblige de payer."

Pothier, (*Vente*, 318 ; *Obligations*, Nos 151 et 152).

La possession dans ce système était supérieure à la propriété même, c'est pourquoi l'Ordonnance du Conseil Spécial, (4 Vict., ch. 30), qui établissait des bureaux d'enregistrement dans toute la province, en 1841, accorda la priorité à l'acquéreur dont le titre n'était pas enregistré, mais qui avait la possession publique, sur celui dont le titre était enregistré mais qui n'avait pas la possession (C. R. B. C., ch. 37, sec. 5, § 2).

Entre deux acquéreurs, la possession publique décidait la question de priorité. Celui qui voulait acheter un immeuble ou prendre une hypothèque, devait s'assurer que son vendeur ou débiteur était en possession de l'immeuble, car autrement il n'était pas propriétaire. Le Code Civil a changé la loi ancienne.

Article 1025 C. C. (remplaçant l'article 44, des *Obligations*) : " Le contrat d'aliénation d'une chose certaine et déterminée rend l'acquéreur propriétaire de la chose par le seul consentement des parties, quoique la tradition actuelle n'en ait pas lieu."

Article 1472 C. C. (remplaçant l'article I, de la *Vente*) : " La vente est un contrat par lequel une personne donne une chose à une autre moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer. Elle est parfaite par le seul consentement des parties, quoique la chose ne soit pas encore livrée, sujette néanmoins aux dispositions contenues en l'article 1027 C. C., et aux règles spéciales concernant la cession des vaisseaux enregistrés."

Article 1027 : " Les règles contenues dans les deux articles qui précèdent s'appliquent aussi bien aux tiers qu'aux parties contractantes, sauf dans les contrats pour les transports

d'immeubles et les dispositions particulières contenues dans ce Code quant aux enregistrements des droits réels."

Comme conséquence du principe nouveau, la possession cessa d'intervenir avec les lois d'enregistrement et avec la priorité accordée à celui qui enregistrait le premier. Ainsi celui qui achète un immeuble et s'en met en possession n'a aucun droit à l'encontre d'un acquéreur subséquent du même immeuble dont le titre est enregistré. En d'autres termes, la possession n'est plus un élément dans la transmission des immeubles ; elle est remplacée entièrement par l'enregistrement. Mais l'enregistrement est devenu un élément essentiel pour la transmission des immeubles, et aucune vente n'est parfaite sans enregistrement, à l'égard des tiers. Celui qui veut acheter un immeuble ou prendre hypothèque n'a plus à s'enquérir si le vendeur ou le débiteur est en possession de l'immeuble ; ses recherches sont limitées au bureau d'enregistrement.

Le propriétaire enregistré peut donc vendre ou hypothéquer le même immeuble à deux ou plusieurs personnes, tant qu'il appert comme propriétaire au bureau d'enregistrement, parceque pour le public il demeure propriétaire à toutes fins quelconques. De là la conséquence que ses créanciers peuvent saisir cet immeuble comme sa propriété car il continue de posséder, ou il est réputé posséder l'immeuble *animo domini;* ce sont les conditions requises par l'art 632 C. P. C. pour justifier la saisie.

Cette conséquence est évidente d'après l'art. 2091 C. C., qui déclare que l'enregistrement après la saisie est sans effet ; et d'après l'art. 644 C. P. C. qui porte que : "A compter du moment de la saisie, le débiteur ne peut aliéner les immeubles saisis, sous peine de nullité."

Enfin on peut encore citer les articles 2083, 2085 et 2098 du Code Civil.

Art. 2083 : "Tout droit réel soumis à la formalité de l'enregistrement a effet du moment de son enregistrement à l'encontre des autres *créanciers*, dont les droits n'ont été enregistrés que subséquemment ou ne l'ont pas été."

Art. 2085 : " L'avis donné ou la connaissance acquise d'un droit non enregistré appartenant à un tiers et soumis à la formalité de l'enregistrement, ne peut préjudicier aux droits de celui qui a acquis depuis pour valeur, en vertu d'un titre dûment enregistré, sauf les cas où l'acte procède d'un failli."

Art. 2098 : " Tout acte entrevifs, transférant la propriété d'un immeuble, doit être enregistré par transcription ou par inscription. A défaut de tel enregistrement, le titre d'acquisition ne peut être opposé au tiers qui a acquis le même immeuble du même vendeur, pour valeur, et dont le titre est enregistré..

....

Jusqu'à ce que l'enregistrement du droit de l'acquéreur ait lieu, l'enregistrement de toute cession, tout transport, toute hypothèque ou tout droit réel par lui consenti affectant l'immeuble, est sans effet."

Cette dernière disposition fait comprendre que l'acquéreur qui n'a pas enregistré son titre n'est pas considéré propriétaire par la loi, puisqu'il ne peut ni vendre, ni hypothéquer.

Le vendeur reste donc aux yeux de la loi le véritable propriétaire.

III. La possession que peut avoir l'acquéreur d'un immeuble dont le titre n'est pas enregistré, n'est donc plus une possession ouverte et publique. Celui-là seul est considéré ou présumé propriétaire, dont le titre d'acquisition est enregistré. Nous avons vu qu'autrefois en France et dans cette Province jusqu'à la promulgation du Code en 1866, la possession publique était un avis aux tiers de ne traiter qu'avec le possesseur.

La loi du 11 brumaire, an VII, reproduit dans notre art. 1472, déclara la vente parfaite par le seul consentement des parties et sans tradition, mais omit d'exiger l'enregistrement. C'était une inadvertance dont les conséquences furent désastreuses.

Troplong, (*Transcription*, No 22).

Un individu, avec un acte de vente sous seing privé dont la date était certaine, pouvait se présenter et réclamer l'immeuble à l'encontre des acquéreurs subséquents qui s'étaient faits livrer la possession ; la date seule de la vente décidait de la priorité. On avait omis de remplacer la possession par une autre formalité qui avertit le public de la transaction qui avait eu lieu. Quelque fussent les fraudes auxquelles le système donna lieu, les tribunaux donnèrent effet au principe que la vente était parfaite par le seul consentement des parties, sans tradition. Evidemment cet état de choses ne pouvait durer, et, par la loi du 25 mars 1855, il fut ordonné que tout acte translatif de propriété ou constituant des droits réels serait enregistré et que la priorité serait accordée à l'acte premier enregistré. Depuis cette loi l'enregistrement est une partie essentielle du contrat de vente. (Laurent, v. 29, No. 159).

On remarquera que notre Ordonnance de l'enregistrement de 1841 était en avant de la loi française. Elle contenait aussi plusieurs dispositions que l'on ne trouvait pas dans la loi du 23 mars 1855, lesquelles ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur de faire de l'enregistrement un élément essentiel de la vente. Telles sont celles reproduites dans :

L'art. 2085 porte que : " L'avis donné ou la connaissance acquise d'un droit non enregistré appartenant à un tiers et soumis à la formalité de l'euregistrement, ne peut préjudicier aux droits de celui qui a acquis depuis pour valeur, en vertu d'un titre dûment enregistré."

L'article 2091 qui déclare sans effet l'enregistrement après la saisie.

L'art. 2098, § 6, qui porte que l'acquéreur ne peut conférer aucun droit sur l'immeuble acquis par lui, tant que son titre n'est pas enregistré.

Comme le disait le juge W. Dorion, dans *Lefebvre* vs. *Branchaud*, (20 L. C. J. 73) : " L'acquéreur dont le titre n'est pas enregistré ne peut conférer aucun droit à l'immeuble qu'il a acquis parcequ'il n'en possède pas ; il n'est pas propriétaire, le vendeur demeure propriétaire."

La connaissance de la possession de l'acquéreur ne supplée pas, dit Pothier, à la formalité de l'enregistrement, parceque l'on ne peut suppléer aux formalités intrinsèques. Pothier, (*Substitution*, éd. Bugnet, v. VIII, p. 465, No. 35).

La vente n'est donc complète et valable que par l'enregistrement du titre : *Charlebois* vs. *Sauvé*, en appel, 15 R. L., 653. *Farmer* vs. *Devlin*, en appel, 15 R. L., 621.

Les Ecclésiastiques du Séminaire de Montréal & La Société de construction canadienne, 28 L. N., 23, et 3 Déc. C. d'Appel, 369.

IV. La Jurisprudence de nos cours a sanctionné ces principes dans plusieurs espèces différentes.

1o. La Cour d'Appel a jugé, en 1879, (*Adams & Flanders*, 3 L. N., 5) qu'une hypothèque judiciaire peut être acquise en enregistrant un jugement sur un immeuble que le débiteur avait vendu et qui était en la possession de l'acquéreur lors du jugement et lors de l'enregistrement. La possession dans ce cas n'a aucun effet, tandis que l'enregistrement est un élément essentiel pour la transmission des immeubles.

Cette décision est basée sur les art. 2021, 2034, § 3, et 2026 C. C. qui portent que les hypothèques légales et judiciaires n'affectent que les immeubles qui appartiennent au débiteur lors de la prononciation du jugement, et qui sont décrits dans un avis donné au registrateur.

La Cour fit une étude attentive des art. 1027, 1472, 2036, 2080, 2098, 2121 et 2130 C. C. "Considering, dit le jugement, that by virtue of articles 1027 and 1472 of the Civil Code, the Respondent, in the absence of registration of her deed of purchase, acquired no title to the said property as against the said Appellant who had registered his judgment prior to the registration of her said deed of purchase."

Une décision semblable a été rendue le 30 avril 1878 (*Lefebvre vs. Branchaud*, 1 L. N., 230, et 22 Jurist, 73).

L'action était prise pour faire annuller l'enregistrement d'un jugement sur la propriété du demandeur qui l'avait achetée du débiteur condamné et en avait obtenu possession avant l'enregistrement du jugement, mais dont le titre n'avait

eté enregistré que subséquemment. Son action a été renvoyée. On lit dans les notes du juge W. Dorion : " Or, si l'acquéreur non enregistré ne peut conférer aucun droit à qui que ce soit, il faut bien que ce soit parce qu'il n'est pas propriétaire. Alors, c'est le vendeur qui reste propriétaire. Il peut vendre, hypothéquer, et ses créanciers qui obtiennent des hypothèques judiciaires ou autres, et qui prennent inscription avant l'enregistrement de la vente doivent être préférés."

Une décision semblable a été rendue dans une cause identique, le 19 octobre 1885, en Cour Supérieure, à Joliette, (*Charland vs Faucher*, 9 L. N., 61).

Voir aussi Aubry et Rau, t. 2, § 209, et note 80. Bravard Veyrières, Dr. Com. t. 5, p. 295, note 1. Nancy, 27 déc. 1879, S. V. 80, 2, 174.

2o. Dans *Rhéaume & Bourdon*, (31 L. C. J. 170, 30 déc. 1886), la Cour de Révision à Montréal a jugé : " que le tiers détenteur n'a pas de possession utile à l'encontre du créancier hypothécaire, tant que son titre n'est pas enregistré," et en conséquence la possession de l'acquéreur ne peut dans ce cas être considérée une possession utile qui lui permettrait de prescrire contre l'hypothèque.

Le demandeur poursuivait sur une hypothèque affectant l'immeuble alors en la possession du défendeur comme propriétaire.

Le défendeur plaida prescription par dix ans de possession continue, avec titre et bonne foi.

Le demandeur répondit que la possession antérieure à l'enregistrement de son acte d'acquisition ne pouvait être invoquée comme possession utile pour prescrire, parce que aussi longtemps que le titre du défendeur n'était pas enregistré, la possession n'était pas publique, comme le veut l'article 2193 C. C. La possession n'est publique, non équivoque et à titre de propriétaire que du jour de l'enregistrement du titre d'acquisition. Le plaidoyer fut renvoyé et l'action maintenue.

"Attendu," dit le jugement, " que le tiers détenteur n'a pas de possession utile à l'encontre du créancier hypothécaire,

tant que son titre n'est pas enregistré ; que par suite le défendeur n'a commencé à prescrire, dans l'espèce, que le.......... et que lors de l'institution et de la signification de l'action, la prescription invoquée n'était pas acquise."

Le juge Torrance disait : "I do not find that Defendant has been in possession for ten years in a *public* manner, the deed not having been registered as required by law. The date of his purchase is beyond the ten years, but I hold that registration was necessary in order to give publicity. C. C. 2098."

Même décision dans *Ross & Légaré*, (mars, 1878, 4 Q. L. R., 270, Meredith, J. C.).

C'était aussi une action hypothécaire à laquelle on plaida prescription de dix ans.

Le plaidoyer fut rejeté et le juge en chef Meredith disait : "If the Defendant had registered his title, he would have placed the Plaintiff on his guard, but he failed to do so, and as the Defendant refrained from giving publicity to the title which characterized his possession, I do not think his possession can be considered *public*, within the meaning of art. 2193, as against the Plaintiff."

Merlin, *Répertoire*, v° Prescription, sect. I, § VI, art. 7 :

" Si, suivant le droit ou la coutume, on doit observer certaines formalités dans un acte pour qu'il soit réputé public, il sera réputé clandestin, lorsque ces formalités seront omises."

Troplong sur art. 2180 C. N. dernier §—*Priv. et hyp.* IV, p. 59, No. 883 :

"Il faut donc que la transcription fasse connaître aux créanciers qu'il y a eu aliénation, afin qu'ils puissent prendre les mesures nécessaires pour interrompre la prescription et conserver leurs droits."

C'est dans cet esprit qu'avait été rédigé l'art. 115 de la Coutume de Paris, qui voulait que la prescription ne courut pas contre les créanciers s'ils avaient eu juste motif d'ignorer l'aliénation.

3o. Une espèce nouvelle s'est présentée dans la cause de *La Société de Construction Métropolitaine vs. Beauchamp*, et *David*, opposant. (3 L. N., 135, avril, 1880, Torrance, J.)

Il fut jugé qu'une action hypothécaire, portée contre le vendeur qui avait cessé d'être en possession publique de l'immeuble, était bien dirigée, et la saisie qui a suivi était valable à l'encontre de l'acquéreur qui avait enregistré immédiatement après l'action, et avant la saisie parce que, suivant l'art. 2074, C. C., l'aliénation par un détenteur poursuivi hypothécairement est sans effet à l'égard du poursuivant, à moins que le nouvel acquéreur n'ait consigné le montant de la dette, intérêt et dépens dus au créancier poursuivant.

On remarquera la ressemblance entre cette disposition et celle de l'article 644 à l'égard du saisissant. Les deux articles sont basés sur le même principe.

On a cité contre nous une décision du juge Mathieu dans *Grothé*, failli, et *Stuart*, syndic (12 R. L. 218) qui a maintenu la revendication d'un immeuble, portée contre le syndic par une personne qui l'avait acheté du failli, et dont le titre n'était pas enrégistré. L'art. 2098 C. C. ne serait pas applicable, parceque le syndic ne serait pas un tiers, mais un simple représentant du failli, de sorte que la revendication portée contre le syndic devrait être accueillie de même que si elle était portée contre le failli.

On voit que cette cause ne contredit pas le principe que nous avons soutenu : que la vente n'est parfaite à l'égard des tiers que par l'enregistrement du titre d'acquisition.

La seule question qui fut décidée était de savoir si le syndic est un tiers ou non. La proposition que le syndic n'est que le représentant du failli est généralement condamnée par les auteurs et les arrêts.

Elle ne peut être défendue d'après les principes. Pour certains effets, le syndic représente le failli, comme, par exemple, pour exercer les droits d'action qui lui appartiennent à l'égard des tiers, mais il représente aussi les créanciers vis-à-vis du failli et de ses biens.

La faillite équivaut à une saisie et confère à ses créanciers généralement les mêmes droits que la saisie. C'est pour cette raison que la prescription cesse de courir du jour de la cession de biens quant aux dettes dues par le failli.

Une vente d'immeubles non enregistrée, par une personne qui devient insolvable, est nulle vis-à-vis des créanciers du vendeur en faillite.

Aubry et Rau, V. p. 329, note 18.

Troplong, *Donation*, No 1162 ; Id. *Transcription*, Nos 148 à 150 ; Mourlon, *Transcription, II*, Nos 456, 468, 469 et 471.

Le juge Mathieu paraît s'être appuyé sur la décision du juge Meredith dans *Drouin vs. Hallé*, (7 Q.L.R. 146). C'était une opposition afin de distraire un immeuble saisi ; elle était faite par une personne dont le titre n'avait pas été enregistré avant la saisie. Le juge a maintenu que la saisie n'empêchait pas l'enregistrement d'un acte de vente antérieur, car, si l'article 644 du C. P. C. déclare nulle la vente faite après la saisie, il faut distinguer entre la vente et l'enregistrement. L'art. 2091 C. C. qui déclare l'enregistrement nul ne serait applicable que lorsque la saisie est suivie d'expropriation ; et en remettant l'immeuble à l'opposant avant la vente, l'art. 2091 devient sans effet.

C'est ainsi que l'on annulle les dispositions du Code qui disent que l'enregistrement après la saisie est nulle et que la vente après la saisie est nulle. Si le raisonnement au sujet de l'art. 2091 est correct, les droits du saisissant seraient subordonnés à l'action ou à l'inactivité d'un tiers ; la saisie ne lui confèrerait aucun droit par elle-même. Elle vaudrait si la saisie n'est pas arrêtée et si la vente judiciaire a lieu ; dans le cas contraire, elle serait nulle.

Le juge peut-il empêcher la loi d'avoir son cours, et annuller les droits du saisissant en arrêtant la vente ?

Ce précédent ne peut pas être invoqué contre nous parceque, si la saisie eut été suivie de vente judiciaire, le juge en chef Meredith aurait probablement appliqué l'art. 2091 C. C. ; du reste, il a jugé lui-même dans la cause de *Ross* et *Légaré*, (citée plus haut,) que la possession de l'acquéreur ne peut être considérée publique et ouverte à titre de propriétaire que depuis l'enregistrement de la vente. Cette proposition revient à dire qu'il n'y a pas de vente aussi longtemps que le titre

n'est pas enregistré. L'immeuble demeure au vendeur à toutes fins quelconques et pour tout le monde, excepté entre le vendeur et l'acquéreur. Les droits de ce dernier, si la propriété est vendue par les créanciers du vendeur, ou si elle est vendue ou hypothéquée par lui, se résolvent en une action en dommages.

V.—Nous allons examiner maintenant les motifs du jugement dans *Dufresne & Dixon* que nous critiquons. Le jugement en première instance dit d'abord : que la vente du shérif ne transfère pas à l'adjudicataire plus de droit que le débiteur n'en avait dans l'immeuble ; que le shérif n'est que le représentant du défendeur saisi ; d'où la priorité doit être accordée, entre la vente faite par le failli avant la saisie et la vente par le shérif, à celle qui est enregistrée la première.

On voit que la première partie de cette proposition est celle que l'on trouve dans le jugement du juge Mathieu, dans *Grothé* et *Stuart*, et que l'on ignore complètement les effets de la saisie.

D'abord, le Code pose en principe que l'on ne peut vendre la chose d'autrui. Cependant, le shérif peut vendre valablement un immeuble qui n'appartient pas au saisi, si ce dernier est, ou est réputé être en possession à titre de propriétaire, et s'il n'a pas été produit d'opposition afin de distraire par le véritable propriétaire, plus de quinze jours avant celui fixé pour la vente. Dans ce cas, la vente par le shérif est valable mais le propriétaire peut réclamer le produit de la vente du shérif après le paiement des frais et des dettes privilégiées. art. 729 C. C.

En second lieu, c'est une chose étrange de dire que le shérif n'est que l'agent du débiteur. Il est l'officier de la Cour ; il met les biens saisis sous la main de la justice, et en sa qualité officielle il vend les biens du saisi malgré lui. Ce n'est pas une vente volontaire par le débiteur, mais une expropriation judiciaire forcée ; il ne représente pas le saisi, mais le saisissant qui agit par le ministère de l'officier public,

pour vendre la chose réputée appartenir au saisi et qui est le gage commun de ses créanciers.

Le saisi ne peut faire aucune coupe de bois ou dégradation quelconque sur l'immeuble saisi, à peine d'un emprisonnement qui n'excède pas six mois, (art. 646, C. C.), quoique l'immeuble reste en sa possession jusqu'à l'adjudication, (645, C. P. C.)

A compter du moment de la saisie, le débiteur ne peut aliéner les biens saisis sous peine de nullité à moins que la dette ne soit payée.

Si le débiteur pouvait aliéner après la saisie, il rendrait impuissant le pouvoir de contrainte que possèdent les tribunaux ; il ne paierait que si la chose lui plait ; les jugements des cours ne pourraient être exécutés ; il vaudrait mieux dans ce cas les fermer.

Dire qu'une vente par le shérif n'est parfaite que si elle est enregistrée avant une vente volontaire faite par le saisi, soit avant, soit après la saisie, serait non-seulement rayer l'article 2091, mais mettre entre les mains du débiteur un moyen infaillible d'annuller la saisie et la vente forcée de ses biens. Il serait toujours libre de vendre après la saisie et par conséquent la vente serait sans effet.

Si l'on demande comment de telles propositions ont pu être soutenues en France, il suffirait de dire qu'il n'y a pas de proposition si étrange, qui ne trouve des adeptes pour lesquels les textes les plus clairs n'ont aucun poids, et qui remettent tout en question comme si le monde n'avait pas existé avant eux.

VI. Sur la question qui nous occupe, les lois françaises sont bien différentes des nôtres et peuvent, jusqu'à un certain point, donner lieu à des contestations qui, cependant, paraissent avoir été poussées au delà des limites permises. Toute la discussion, en France, repose sur les articles 678 et 686 du C. P. C., au sujet de la saisie des immeubles, et sur l'article 3 de la loi du 23 mars, 1855, concernant l'enregistrement des droits réels.

L'article 678 du Code Français dit : " La saisie immobilière et l'exploit de dénonciation seront transcrits, au plus tard, dans les quinze jours qui suivront celui de la dénonciation, dans le registre à ce destiné au bureau des hypothèques de la situation des biens."

L'article 686 C. P. C. : " La partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer."

D'après ces textes, il paraît certain que toute vente, faite par le saisi après l'enregistrement de la saisie, est nulle et sans effet ; c'est ainsi que les tribunaux le jugent généralement, mais non pas toujours.

Quelques-uns soutiennent qu'une vente, faite par le saisi après l'enregistrement de la saisie, est valable et annulle la saisie et son enregistrement, lorsque la vente, faite par le défendeur saisi, est enregistrée avant la vente judiciaire.

D'autres soutiennent que la vente, faite par le saisi après l'enregistrement de la saisie, est nulle, mais celle faite avant l'enregistrement de la saisie est valable si elle est enregistrée avant la vente judiciaire.

D'autres distinguent et soutiennent que l'enregistrement de la saisie annulle l'enregistrement de la vente faite précédemment, lorsque la dette du saisi est hypothécaire, mais elle vaut si la dette n'est que chirographaire.

Tous ces systèmes surgissent de l'interprétation de l'art. 686, déjà cité, et de l'article 3 de la loi du 23 mars, 1855, qui est dans les termes suivants : " Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents (actes d'aliénation, actes constitutifs de droits réels) ne peuvent être opposés *aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble*, et qui les ont conservés en se conformant aux lois."

On a demandé qui doit être considéré un tiers ayant des droits sur l'immeuble ? La saisie et l'enregistrement de la saisie d'un immeuble créent-ils, sur la propriété saisie, un droit en faveur du saisissant ? Les uns répondent affirmati-

vement en invoquant l'article 686 C. P. C., les effets généraux de la saisie judiciaire, et les principes de la loi sur l'enregistrement des droits réels.

L'article 686 C. P. C., déclare nulle toute aliénation faite par le saisi depuis l'enregistrement de la saisie. Le droit de propriété du défendeur est donc suspendu ; il disparaît entièrement si la saisie est suivie d'expropriation.

Cette modification du droit de propriété du défendeur est créée en faveur du saisissant qui peut faire vendre l'immeuble en justice, à moins que sa dette et les frais ne soient payés. La possession du défendeur jusqu'à la vente est donc modifiée considérablement, il ne possède plus comme propriétaire, mais seulement comme séquestre ou gardien judiciaire, et cette qualité le rend sujet à l'emprisonnement pour détériorations ou abus de jouissance.

La loi crée donc, en faveur du saisissant, un droit sur la propriété du saisi.

Ce droit est-il créé par la saisie ou par l'enregistrement de la saisie qui se pratique en France ?

Evidemment il est crée par la saisie même, car l'enregistrement de la saisie n'est qu'un mode de publicité ; il conserve le droit, mais ne le crée pas. (art. 2082 C. C.)

VII. Si nous étudions la nature de la saisie et les droits qu'elle confère au saisissant, d'après le droit commun, la question sera facile à résoudre.

Lorsqu'un débiteur était incapable de payer ses créanciers il leur donnait un gage, *pignus*, avec pouvoir de le vendre après un certain temps. A ce gage conventionnel vint s'ajouter un gage judiciaire et forcé établi par la loi.

Le défendeur, après la saisie, peut être dépossédé et un gardien nommé à l'objet saisi, ou le saisi demeure en possession en sa qualité de gardien ou de séquestre judiciaire.

Ces dispositions sont applicables aussi bien à la saisie des meubles que des immeubles.

" La justice, dit Ferrière, (*Cout. de Paris*, t. VIII, Nos 2 et 3) entre dans la maison du débiteur, elle prend et gage ses

meubles, et après l'en avoir dessaisi pour en faire un *gage de justice*, elle en exige la vente pour payer le saisissant."

Argou, (Dr. fr. t. 1 ; pp. 393, 395) dit : " Il y a parmi nous deux sortes de gage, le gage conventionnel et le *gage judiciaire.*"

Loyseau dit aussi : " En France, les gages sont conventionnels ou de justice, c'est-à-dire biens pris par exécution.... les conventionnels n'ont lieu qu'en objets mobiliers, les seconds consistent tant en immeubles qu'en meubles. "

Merlin, Rép. V° *Hypothèque*, Sect. I, § 6, No 1, "Le gage judiciaire s'acquiert par la saisie des biens."

Troplong, *Nantissement*, No 46 ; Id. *Hypothèque*, t. 2, No 435 bis, " La saisie contient un gage tacite," et constitue *un droit réel.*

La saisie confère donc au saisissant un gage, *pignus*, un droit réel sur l'immeuble saisi, un droit de suite qui s'attache à l'immeuble en quelque main qu'il passe.

L'enregistrement de la saisie, qui a lieu en France afin d'avertir le public de la saisie, n'est qu'une formalité pour donner effet aux droits réels, à l'encontre des tiers qui pourraient traiter avec le défendeur et être trompés par lui. Notre Code n'exige pas la formalité de l'enregistrement de la saisie pour lui donner effet. L'article 644 C. P. C. déclare que : " du moment de la saisie le débiteur ne peut aliéner l'immeuble saisi sous peine de nullité."

Vide, Mourlon, *Transcription*, vol. 2, No. 455 et suiv.

Boitard, *Proc. Civile*, vol. 2, Nos 920, 929 et 930.

Laurent, vol. 29, No 159 et suiv. et arrêts de la Cour de Cassation Belge.

Selignam, *Commentaires sur la loi du* 21 *mai* 1858, *No* 59.

Herbert, *Des effets de saisies*, p. 59 et p. 104.

La théorie, que la saisie et l'enregistrement de la saisie ne donnent au saisissant aucun droit sur l'immeuble, est donc évidemment erronée ; et la distinction entre le cas où le créancier possède une créance hypothécaire ou une créance chirographaire, est purement imaginaire.

Sous l'article 686 du C. P. C. français, toute vente faite par le

débiteur après l'enregistrement de la saisie est absolument nulle.

D'après l'article 644 de notre C. P. C., toute vente faite par le débiteur après la saisie est absolument nulle.

On peut invoquer tous les sophismes du monde, il faut toujours donner effet à cette disposition aussi bien qu'à celle qui déclare que la vente n'est parfaite à l'égard des tiers et ne confère un droit de propriété à l'acquéreur, que par l'enregistrement de son titre, et que l'enregistrement fait après la saisie est absolument nul.

On fait des distinctions en France, et l'on dit : La loi déclare nulle la vente subséquente à l'enregistrement de la saisie, mais elle ne parle pas de celle qui a précédé la saisie et qui a été enregistrée après la saisie. C'est alors que l'on ouvre un champ vaste à toutes les suppositions. Il nous suffirait de répondre que notre droit est plus complet que la loi française, et l'article 2091 C. C. déclare nul l'enregistrement fait après la saisie.

Cette observation suffit pour rejeter, comme non applicables, toutes les discussions qui ont eu lieu en France sur cette question. Pour nous, la question est résolue ; la vente faite après la saisie, et l'enregistrement fait après la saisie sont nuls.

VIII — On se méprend sur l'objet de l'enregistrement de la vente judiciaire. Elle n'a pas lieu pour lui donner publicité, comme dans les ventes volontaires, parce que les actes des tribunaux, telles que la saisie et la vente, sont publics, comme tous les procédés de la cour.

L'enregistrement de la vente judiciaire n'a lieu que pour permettre au régistrateur de radier toutes les hypothèques qui frappent l'immeuble vendu (art. 2125, 2126 et 2127 C. C.)

S. PAGNUELO,

J. C. S.

SUCCESSION ECHUE AU MINEUR : SON ACCEPTATION.

I.

CODES.

Dès l'instant de l'ouverture de la succession, l'héritier successible est saisi de plein droit. Que cet héritier soit un majeur usant de tous ses droits, qu'il soit un mineur, ou un incapable à quelqu'autre titre, l'effet est le même : l'hérédité ne souffre pas d'interrègne. Et il en est ainsi, qu'il s'agisse d'une succession *ab intestat*, ou d'une succession testamentaire

Par notre ancien droit, si l'héritier était un mineur, son tuteur acceptait la succession, sans en référer au conseil de famille, mais le mineur était restituable. Et nos codificateurs, pour reproduire le droit tel qu'existant avaient redigé dans leur projet l'article suivant : " 60. Le tuteur peut accepter ou répudier pour son mineur les successions qui lui échéent ; mais le mineur est restituable contre cette acceptation ou répudiation. Pothier, Personnes, 616, Succession, 135 ; 2, Chabot, Succ. 30 " et autres autorités.

Les codificateurs suggérèrent le remplacement de l'article ci-dessus par celui qui est dans notre Code, et que je mets en regard de l'article correspondant du Code Napoléon.

C. C. 301.	C. N. 461.
Le tuteur ne peut accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans autorisation, sur avis du conseil de famille. L'acceptation n'a lieu que sous bénéfice d'inventaire. Accompagnée de ces formalités, l'acceptation ou la renonciation a le même effet que si elle était faite par un majeur.	Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire.

Je fais de suite suivre ces citations de deux autres qui en font virtuellement partie.

C. C. 643 § 2.

Les successions échues aux mineurs et aux interdits ne peuvent être valablement acceptées que conformément aux dispositions contenues aux titres relatifs à la Minorité et à la Majorité.

C. N. 776 § 2.

Les successions échues aux mineurs et aux interdits ne pourront être valablement acceptées que conformément aux dispositions du titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.

Les dispositions auxquelles il est référé dans ces derniers articles étant celles citées en premier lieu.

Notre article 301 contient, ainsi que tous l'ont déjà remarqué, une dernière partie qui ne se trouve pas dans son correspondant français : " Accompagnée de ces formalités, l'acceptation ou la renonciation a le même effet que si elle était faite par un majeur. "

Quel est l'effet de cette dernière partie sur la première? Va-t-elle, par l'argument *a contrario*, simplement à dire que sans les formalités prescrites, l'acceptation n'aura pas le même effet que celle du majeur? C'est ce que je me propose d'étudier dans cet article.

L'Acte de la Codification des lois, 20 V. c. 43, dit à la s. 6 : " En rédigeant les dits codes, les dits commissaires n'y incorporeront que les dispositions qu'ils tiendront pour être alors réellement en force...... ils pourront suggérer les amendements qu'ils croiront désirables," et à la s. 7 : " Les dits codes seront rédigés sur le même plan général et contiendront, autant que cela pourra se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet, que les codes français connus sous le nom de Code civil, Code de commerce et Code de procédure civile."

C'est en référant aux rapports des commissaires que sera connue leur intention quant à l'effet, l'étendue des amendements qui ont été adoptés à leur suggestion. Voici ce qu'ils disent sur les articles ci-dessus.

C. C. 301. " D'après l'ancien droit le tuteur pouvait de lui-même accepter ou répudier la succession dévolue à son mineur; mais ce dernier était toujours restituable ; l'article 60, (cité ci-dessus) le déclare ainsi. Mais les commissaires ont préféré la règle nouvelle introduite par l'article 461 du Code Napoléon, qui veut que le tuteur ne puisse faire ces actes sans y être autorisé par le conseil de famille, et que l'acceptation n'ait lieu que sous bénéfice d'inventaire; en conséquence a été préparé et est soumis en amendement à la loi actuelle, l'article qui exige pour la validité de l'acceptation ou de la répudiation par le tuteur l'autorisation préalable du juge et l'avis du conseil de famille; avec ces formalités le mineur n'est plus restituable comme tel." Vol. 1, p. 216.

C. C. 643. " Dans les cas des mineurs et des interdits, l'acceptation n'est valable qu'en autant qu'elle est faite avec les formalités exposées au titre de la Minorité, de la Tutelle, etc." Vol. 2, p. 120.

Je ferai, des mêmes rapports, quelques autres extraits qui élucideront la question.

C. C. 306, 307. " Le tuteur ne peut appeler sans autorisation, elle lui est également indispensable pour transiger; mais ainsi autorisée, la transaction vaut comme si elle était faite avec un majeur. Cette dernière disposition, prise du Code Napoléon (art. 467) et conforme au principe déjà adopté, (art. 60) quant au droit du mineur d'être restitué, est contraire à l'ancienne jurisprudence, et est partant suggérée comme amendement." Vol. 1, p. 218.

C. C. 319. " Il lui est permis (au mineur émancipé) de passer les baux qui n'excèdent pas neuf ans, de recevoir ses revenus, en donner quittances, et faire tous actes d'administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas. La première partie de l'article est de droit ancien, la deuxième de droit nouveau. Autrefois le mineur faisait valablement tous les actes énumérés en notre article, mais s'il était lésé dans ces contrats, il était restituable sur preuve de cette lésion. Cette doctrine était entravante et nuisible au mineur lui-même dans bien des cas. Le Code

Napoléon (art. 481) a introduit le changement qui vient d'être signalé, et dont les commissaires proposent l'adoption en amendement à la loi actuelle." Vol. 1, p. 220.

C. C. 1006. "L'article 25 (27) expose la loi en force qui donne aux mineurs un recours contre leurs conventions matrimoniales ; mait les commissaires proposent d'y substituer l'article 1309 du code français : ce changement suggéré rend la série des articles sur cette matière d'accord et conforme à la raison." Vol. 1, p. 13. V. aussi C. C. 1267, sur lequel il n'y a pas de remarques.

C, C. 1010, "Les commissaires recommandent aussi l'adoption de la règle contenue dans l'article 1314 du code français, relatif à l'aliénation des immeubles des mineurs, au lieu de notre droit telle qu'elle est énoncée dans l'article 29 (31) : (les mineurs ont droit à restitution, pour simple lésion dans les contrats faits par leurs tuteurs, ou par eux-mêmes, avec l'autorisation de leurs tuteurs, et revêtus de toutes les formalités légales, et même dans le cas de vente faite par autorité judiciaire sur avis de parents.) Ils pensent que, même dans l'intérêt de cette classe de personnes, et bien certainement par motif d'ordre public, chaque fois que la loi a prescrit des formes particulières et certaines solennités pour l'aliénation des biens de mineurs, quels qu'ils soient, et que ces formes et ces solennités ont été observées, le mineur en tant qu'il s'agit de restitution contre ses obligations, doit être mis sur le même pied que le majeur." Vol. 1, p. 13.

C. C. 1341. "L'ancien droit permettait au mineur de se faire restituer contre tous les actes dans lesquels il se trouvait lésé. Les commissaires ont cru devoir changer la loi, et suivant en cela l'exemple du Code Napoléon, ils ont déclaré, en amendement, que le tuteur ne pourra plus, comme par le passé, accepter la succession échue à son mineur ; qu'il doit être autorisé à cet effet par le juge, sur avis du conseil de famille. Ce changement adopté à l'égard des successions, est également désirable dans le cas de communauté, et il est déclaré, en conséquence, par l'article qui est proposé en amendement : que le curateur de la femme mineure ne peut accep-

ter pour elle la communauté, si ce n'est avec l'autorisation judiciaire, et sur l'avis du conseil de famille ; mais avec ces formalités, cette acceptation est irrévocable, comme si elle était faite par le majeur." Vol. 2, p. 220.

Ces citations font voir que le but des codificateurs a été d'assurer la stabilité des contrats, et ils le confirment en disant sur l'article 1012, qui supprime la lésion au cas de majeurs : "C'est aller au-delà des dispositions de l'article du code français ; mais il est aisé de montrer que l'article suggéré est plus conforme aux circonstances et à l'état de la société en ce pays que l'ancienne règle......il semble qu'il n'y a aucun motif valable, dans un pays comme celui-ci, où la propriété foncière se transfère si facilement et est un objet de spéculation quotidienne, de donner à une personne dans l'exercice absolu de ses droits la faculté de se faire restituer contre son imprudence dans cette espèce de contrat plutôt que dans tout autre. Cette règle viole l'intégrité des contrats sur laquelle les commissaires ont spécialement insisté dans tout le cours de ce titre, et ils n'hésitent aucunement à recommander l'adoption de l'article qu'ils suggèrent comme amendement à la loi en force." Vol. 1, p. 13.

Je termine ces citations déjà longues.

C. C. 303. "Quant à la donation faite au mineur, elle peut être acceptée par le tuteur, par ses père et mère, et autres ascendants, sans autorisation...... Le Code Napoléon (art. 463) ne parle que du tuteur, qui même ne peut accepter sans l'autorisation du conseil de famille. L'ancienne règle a été préférée comme étant d'une application plus simple et générale." Vol. 1, p. 216. V. aussi C. C. 789, sur lequel il n'y a pas de remarques.

C. C. 792. " L'article 40j., proposé en amendement, ne laisse le mineur et l'interdit restituables contre l'acceptation ou la répudiation en leur nom d'une donation que dans les mêmes limites que celles suggérées pour l'acceptation des successions." Vol. 2, p. 158.

Le mineur, dont le tuteur a accepté une donation sans autorisation, étant restituable et dans les mêmes limites que dans

le cas de succession, il y a donc encore une acceptation de succession contre laquelle le mineur est aussi restituable; et qu'elle est-elle, si ce n'est celle faite sans les formalités.

Mais j'irai maintenant plus loin, et je découvrirai le sens de cet article 301 de notre code dans le code lui-même.

L'article 867 dit en effet: " Les tuteurs et les curateurs peuvent accepter les legs sous les mêmes modifications que dans le cas des successions *ab intestat.*" 1

Lu à la lumière de celui-ci, l'article 301 dira : Le tuteur peut accepter la succession échue au mineur; et s'il accepte avec autorisation, sur avis du conseil de famille, auquel cas l'acceptation n'a lieu que sous bénéfice d'inventaire, elle aura le même effet que si elle était faite par un majeur.

Le législateur se sert dans l'article 867 de termes facultatifs, faisant voir que les termes prohibitifs de l'article 301 ne font qu'apporter une modification, c'est le mot qu'il emploie, au droit primitif du tuteur d'accepter.

Les règles d'interprétation des statuts, que l'amendement doit être pris dans le sens qui s'harmonise le mieux avec la teneur générale de l'acte amendé, *Endlich*, No. 40, que la même règle s'applique et avec plus de force aux codes et aux refontes, *le même*, *ibid.*, que les statuts sont interprétés en considérant toutes les parties ensemble, non pas une seule séparément, *Potter's Dwarris*, p. 188, *Endlich*, Nos. 27, 35, ces règles, dis-je, doivent s'appliquer ici, notre Code civil ayant été adopté comme un tout par le Statut du Canada, 1865, 29 V. c. 41, et subséquemment déclaré en force par une proclamation émanée en vertu du même statut.

Pris dans son ensemble, l'article 301 veut donc simplement donner, comme dans les autres cas où les mineurs sont concernés, un moyen de rendre l'acceptation inattaquable, comme celle du majeur, ce qui ne pouvait avoir lieu avant le code, mais non à défaut, établir une nullité absolue. Tel a dû paraître aux praticiens être le sens de cette article, puisque

---

1. Ces concordances me sont facilitées par une Table du Droit civil que j'ai préparée, et qui sera publiée prochainement.

l'acceptation de succession par le tuteur avec les formalités est restée un fait isolé. La présence des termes prohibitifs vient de ce que les codificateurs ont copié trop textuellement le modèle qui leur était indiqué, tout en modifiant la portée de ces termes de manière à mettre l'article d'accord avec notre ancien droit et les besoins de notre société ; leur but n'était pas d'introduire l'acceptation sous bénéfice d'inventaire par le tuteur au nom du mineur, cette forme d'acceptation étant reconnue dès avant la codification.

La différence dans les conclusions à tirer des deux codes s'explique : elle résulte non seulement du correctif qui se trouve à notre article 301, expliqué par l'article 867, mais aussi et à un aussi haut dégré de l'idée si dissemblable qui a présidé à la confection des Codes français et canadien. " En France, la révolution avait fait table rase de tout, les anciennes lois avaient été profondément modifiées, un nouveau droit, qu'on est convenu d'appeler le droit intermédiaire, résultat du travail législatif des corps publics qui se succédèrent en France, y avait été greffé......et finalement l'on adopta un Code de lois, qui s'inspire largement du droit de l'ancien régime, mais qui n'en constitue pas moins un droit nouveau. Ici, il en a été autrement et notre code n'est que l'expression, plus ou moins modernisée, si nous pouvons nous exprimer ainsi, de l'ancien droit civil du Bas-Canada......Ce que l'on peut appeler l'ancien droit n'est abrogé que lorsque le Code civil contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet, ou qui s'exprime d'une manière expresse sur le sujet particulier de ces lois, enfin lorsque la doctrine du droit ancien est contraire à celle du code ou incompatible avec ses dispositions. Hors de ces cas, l'ancien droit est encore en vigueur, sauf naturellement le cas de désuétude." 1, *Droit civil canadien*, *Mignault*, 52, 53.

II.

COMMENTATEURS.

Cette divergence dans l'idée constitutive des deux codes entraîne d'elle-même une grande différence dans l'effet des dispositions, outre celle résultant des termes, comme des dispositions, réserve que je crois devoir faire avant d'entrer dans l'étude des commentateurs français.

" Les mineurs et les interdits étant incapables de s'engager ne peuvent valablement accepter une succession. Celles qui leur sont échues ne peuvent être acceptées ni répudiées que par le tuteur ou par le curateur, avec l'autorisation préalable du conseil de famille ; et l'acceptation ne doit avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire ; 461, 484, 776." 2 *Toullier*, Ed. Belge, p. 340.

" Les successions échues à des mineurs ne pouvant être acceptées dans leur intérêt que sous bénéfice d'inventaire et avec l'autorisation du conseil de famille, il s'ensuit que la possession prise par eux, ou par leur tuteur, des biens de la succession, sans cette autorisation, ne peut avoir l'effet de les rendre héritiers purs et simples." Jugements cités. *Sirey*, *Codes Annotés*, sur l'art. 461.

" Sans délibération formelle autorisant le tuteur à accepter, il n'y a pas d'acceptation. Tout acte d'immixtion du tuteur serait radicalement nul ; ce serait un acte inexistant, puisqu'il est de principe que dans les actes solennels la solennité est une condition requise pour l'existence de l'acte. De là suit que malgré l'immixtion, le tuteur ou le mineur devenu majeur pourrait renoncer à la succession, le tuteur bien entendu avec l'autorisation du conseil." 5, *Laurent*, 71.

" Quant aux mineurs l'acceptation tacite ne se conçoit pas, puisque d'après l'art 461, l'acceptation des successions qui leur échéent ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'invêntaire Donc, à leur égard, l'acceptation est un acte solennel. Il suit delà que, quelque soit l'acte d'immixtion fait par un mineur, il n'y aura pas acceptation, car il ne peut pas accepter pure-

ment et simplement. L'acte d'immixtion, fait par un mineur n'est pas un acte d'héritier, comme tel il n'a aucun effet, il est inexistant. C'est la conséquence du principe posé par l'art. 461 ; l'acceptation devant être bénéficiaire est par cela même un acte solennel ; or un acte solennel qui n'est pas fait dans les formes voulues par la loi est un acte non existant, c'est le néant. Un acte pareil ne peut pas être confirmé ; dans la rigueur du droit on n'en saurait même pas demander la récision, car on ne demande pas la nullité du néant. Le mineur se trouve donc à sa majorité dans la même position que si rien n'avait été fait pendant sa minorité. Que faut-il décider si c'est le tuteur qui a fait un acte d'immixtion. "Le tuteur, pas plus que le mineur, ne peut accepter purement et simplement." Donc l'acte d'héritier qu'il ferait serait frappé de nullité radicale, il serait inextstant comme acceptation, et par conséquent ne produirait aucun effet. Les mineurs ne peuvent donc pas devenir héritiers par le fait de leur tuteur. Si le tuteur gérait l'hérédité, on appliquerait les principes généraux de droit, il serait responsable de sa gestion, comme il l'est de tout ce qu'il fait au nom du mineur ; mais les actes qu'il ferait au nom du mineur héritier seraient nuls, puisque le mineur ne peut être héritier qu'en vertu d'une acceptation bénéficiaire." 9, *Laurent*, 333.

"Quand le tuteur accepte sans y être autorisé, l'acceptation est nulle. De même si le mineur acceptait sans cette autorisation, alors même qu'il serait assisté de son tuteur, il ferait un acte nul en la forme (art. 1311), c'est-à-dire qu'il en pourrait demander la nullité par cela seul que les formes n'auraient pas été observées ; il ne devrait pas prouver qu'il est lésé quand il n'a pas joui de la protection dont elle entoure les incapables." 9, *Laurent*, 351.

Ces opinions sont bien formelles : l'acte est inexistant, c'est le néant.

Mais en énonçant les conséquences, pour eux nécessaires, de l'art. 461, les commentateurs ne ferment pas les yeux sur leurs résultats préjudiciables. Laurent dit en effet, 9, 373 : " L'article 461 est conçu en termes restrictifs : " L'acceptation

n'aura lieu "que sous bénéfice d'inventaire." Cette disposition dépasse le but que le législateur a eu en vue; à force de vouloir garantir les intérêts du mineur, on les compromet. Il y a bien des cas, on doit même dire que telle est la règle, générale, où il n'y a aucun danger à accepter une succession purement et simplement, la déconfiture est toujours l'exception. Or dès que l'acceptation pure et simple n'est plus un danger, l'acceptation bénéficiaire devient un mal; elle occasionne des frais inutiles qui retombent sur le mineur, et elle entrave la liquidation de la succession, ce qui est un embarras pour le tuteur."

Notre droit, puisant dans un long passé que sagement nos législateurs n'ont pas aboli, y trouve des solutions inconnues au droit français. M. Bélanger a démontré dans cette Revue, (Vol. 1, 207) qu'entre le partage volontaire et celui sur action en partage, nous avons, au cas de mineurs et autres incapables, le partage mixte qui n'existe pas en France, et auquel les parties suppléent par divers moyens. "Il serait souvent de l'intérêt bien entendu de toutes les parties de pouvoir procéder à un partage définitif, sans avoir à passer sous les fourches caudines du partage judiciaire. Aussi la pratique a-t-elle imaginé une foule de moyens pour éluder l'application de l'article 466, al. final. (Tout autre partage ne sera considéré que comme provisionnel.) Un des plus usités consiste à faire figurer au partage une personne qui se porte fort pour le mineur, en promettant qu'une fois parvenu à sa majorité il ratifiera le partage et le rendra ainsi difinitif." *Baudry-Lacantinerie*, 1 *Droit Civil*, 586.

Je crois avoir démontré que nous avons également, outre l'acceptation de succession par le tuteur avec les formalités voulues par l'art. 301, celle si généralement adoptée, qui se fait par simple prise de possession par le tuteur, et à laquelle le mineur n'a qu'à gagner. En effet, cette dernière acceptation le laisse exempt et des désavantages énumérés par Laurent, et des conséquences d'un rapport fait à son détriment, contre lequel il ne pourrait revenir, si l'acceptation suivant les formalités l'eut fait héritier bénéficiaire. C. C. 712.

Si l'on maintient l'acte du mandataire qui accomplit son mandat d'une manière plus avantageuse au mandant que celle indiquée par ce dernier, C. C. 1718, ne doit-on pas également maintenir l'acte du tuteur, aussi mandataire, qui choisit une acceptation plus avantageuse que celle sous bénéfice d'inventaire ?

Mais en fait, quand y a-t-il doute sur l'état de la succession échue au mineur ? Dès avant l'inventaire, certainement à sa confection, le tuteur sera éclairé sur ce point, sauf quelques cas, q .i seront toujours l'exception, où la réalisation de l'actif déjouerait les espérances, ce qui ne serait encore que si l'on a tardé à faire rentrer les créances et vendre les immeubles, et le tuteur n'ira pas risquer une acceptation qui pourrait tourner contre lui-même personnellement, par suite du recours du mineur. V. *Devlin vs. Devlin.* ci-après.

Regarderait-on l'acceptation pure et simple pour le mineur comme une impossibilité, une utopie ? Elle existe pourtant, même en France, dans un cas exceptionnel, il est vrai, et prévu par notre code aussi bien que par le Code Napoléon. Je veux dire le cas de recel, C. C. 659, contre lequel, le recel étant un délit, le mineur n'est pas restitutable, C. C. 1007. " Nous croyons que si un mineur divertit des effets héréditaires, il sera héritier pur et simple. C'est l'application de l'art. 1310, qui porte : " le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit." Or le divertissement est un délit civil, et l'obligation légale qui en découle est que l'héritier coupable devient héritier pur et simple, et qu'il est tenu comme tel des dettes *ultra vires.* Cette obligation résultant du délit, le mineur ne peut se prévaloir de sa minorité." 9, *Laurent*, 338.

Le défaut d'inventaire, suivant certains commentateurs, rendrait aussi l'acceptation pure et simple. 3 *Demante*, 96 bis, 2 *Mourlon*, 109.—Contra 14 *Demolombe*, 333.

Serait-on surpris que le tuteur ait encore le droit d'accepter de son autorité la succession échue au mineur ? Je trouve qu'il faudrait plutôt être surpris qu'il n'aurait pas ce droit. *Baudry-Lacantinerie* dit de lui :

" Le tuteur est investi par la loi d'un mandat général, en vertu duqnel il représente le mineur dans tous les actes civils. C'est le tuteur qui parle et qui agit, mais il le fait au nom du mineur, et les actes qu'il accomplit ainsi sont sensés avoir été passés par le mineur lui-même vis-à-vis duquel il n'est qu'un instrument. On doit établir en principe que la capacité constitue pour le tuteur la règle générale, l'incapacité, l'exception, d'où il résulte : 1. Que le tuteur peut accomplir pour le compte du mineur tous les actes que ne lui interdit pas un texte spécial de la loi, et cela sans qu'il y ait à distinguer entre les actes d'administration et ceux de disposition ; 2. Que la validité des actes accomplis par le tuteur n'est soumise à l'observation de formalités particulières que dans les cas exprimés par la loi. L'omnipotence du tuteur, voilà la règle, et les textes qui lui interdisent certains actes, ou qui le soumettent pour quelques-uns à l'accomplissement de formalités particulières, doivent être envisagés comme des exceptions à la règle et à ce titre recevoir une interprétation restrictive." 1 *Droit Civil*, 561-2.

S'il est exact de parler ici du tuteur français, à combien plus forte raison ne l'est-il pas du nôtre ; le premier, en effet, est presqu'à chaque pas, soumis à l'autorité du conseil de famille, tel que pour la dépense annuelle du mineur, celle de l'administration de ses biens, le montant requis pour les placements, l'acceptation des donations, la poursuite des droits immobiliers, tous cas ou le second agit indépendamment du conseil.

Le mineur est bien certainement un incapable ; il est classé dans cette catégorie par l'art. C. C. 986 ; mais l'article suivant dit aussi clairement que son incapacité est établie en sa faveur, et que les capables qui contractent avec lui ne peuvent l'opposer, ni sa caution, C. C. 1932, §2, ou son endosseur, Acte des Lettres de change, s. 22, § 2, pas plus que le mineur lui-même, s'il ratifie en majorité, C. C. 1008. " Les mineurs ne sont pas des insensés, les actes qu'ils accomplissent peuvent être raisonnables ; pourquoi donc les annuler, s'ils

ne leur causent pas de préjudice." *Baudry-Lacantinerie*, 1 Droit Civil, 631.

Pourquoi annulerait-on plus l'acte de leur mandataire légal ? et pourquoi les commentateurs français, qui regardent l'acceptation du tutour sans les formalités comme un acte inexistant, comme le néant, comme ne pouvant être confirmée, admettent-ils la ratification des ventes, des hypothèques, des transactions consenties sans les formalités, quand le code se sert de termes aussi prohibitifs, C. N. 457, 463—467. Y ayant même prohibition, il devrait y avoir même existence ; cependant les auteurs s'accordent à dire que la ratification de ces actes les réhabilite.

" Les contrats passés par un mineur, ne sont pas inexistants, ou nuls de plein droit, expressions synonimes ; ils sont seulement nuls ou annulables." 2, *Baudry-Lacantinerie*, 565.

" La vente d'un immeuble appartenant à un mineur ne peut être consentie sans l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Ces formes......il faut les distinguer avec le plus grand soin des formalités exigées pour la formation de certains contrats, et dont l'absence entraine l'inexistence même de l'acte juridique. Car elles ont un tout autre carrctère ; leur objet est de garantir d'une manière plus efficace les intérêts de certains incapables, et elles constituent en réalité une condition complémentaire de leur capacité. Aussi l'inobservance de ces formalités a-t-elle seulement pour effet de rendre la convention nulle ou annulable. Il est vrai que le code ne prononce pas dans ce cas de nullité textuelle ; il se borne à dire qu'on ne peut pas vendre, transiger, etc., sans observer les formalités qu'il prescrit. Mais elle découle virtuellement de la prohibition de la loi et du but qu'elle s'est proposé en les établissant. La nullité est attachée au seul fait de l'inaccomplissement de formes prescrites. Elle est donc encourue, soit que l'acte émane du tuteur seul, soit qu'il ait été accompli par le mineur non émancipé en l'absence de son tuteur." *Le même* 788.

"La vente faite par le tuteur des immeubles de son pupille sans formalités est nulle, absolument nulle. Néanmoins le

mineur peut la ratifier soit expressément, soit même tacitement." "Le mineur dont le bien a été vendu illégalement, c'est-à-dire sans formalités de justice, ne peut plus attaquer la vente si, dans le compte de tutelle qui lui a été rendu à sa majorité, et qu'il a approuvé, ce prix a été employé et payé. *Répertoire du Notariat*, Vbo. Ratification, Nos. 29, 67 ; idem, *Dictionnaire du Notariat*, même mot, No 56. *L'Encyclopédie du Notariat*, même mot, Nos. 46, 51, parle de radification tacite valable de ventes, partages, faits sans l'observance des formalités. V. aussi Vbo, Confirmation, No. 15.

Notre droit, C. C. 1008, et notre jurisprudence sont conformes à ces principes. Ayant été décidé dans la cause de *Béliveau v. Barthe & Plante*, que "toute aliénation et hypothèque des biens immobiliers d'un mineur non précédée d'une autorisation judiciaire obtenue suivant les formalités voulues est nulle de nullité radicale qui peut être demandée par tous tiers intéressés," C. S. Sorel, 20 Juillet 1876, 7 R. L. 453, la cause fut portée en revision, et le jugement infirmé à l'unanimité : "considérant que l'hypothèque consentie par le failli pendant sa minorité en faveur du créancier colloqué l'a été pour bonne et valable considération, et que les deniers obtenus par le dit failli au moyen de la dite hypothèque ont été employés pour le bénéfice et avantage du dit failli ; que la dite hypothèque n'était pas nulle radicalement, mais seulement annulable à la demande du mineur devenu majeur ; et que ce dernier reconnaît l'avoir approuvée et ratifiée apès sar majorité et avant sa faillite." C. S. Rev. Montréal, 30 Avril 1877, Juges Johnson, Dorion & Papineau, 22, L. C. J. 37 et 168.

Il venait d'être aussi jugé dans *Venner* v. *Lortie*, que : " La nullité qui frappe les obligations des mineurs ou de leurs tuteurs agissant sans l'autorisation du conseil de famille, n'est qu'une nullité relative, bien qu'elle puisse être demandée de plein droit par le mineur, c'est-à-dire sans preuve de lésion ; elle est relative en ce sens que le mineur seul peut la demander et non les parties avec lesquelles lui ou son tuteur ont contracté. " C. S. Rev. Québec, 31 mars 1876, Juges Stuart, Casault & Dorion, 1 Q. L. R. 234.

III.

JURISPRUDENCE.

La question d'acceptation de succession échue au mineur est venue devant nos tribunaux, à plusieurs reprises, et sous trois chefs différents qu'il importe de passer en revue :

Poursuites contre le tuteur.

Poursuites par le tuteur.

Effet de l'acceptation, ou du défaut d'acceptation.

Sur le premier chef, nous avons les causes suivantes :

Trudel v. *Letendre*, C. S. Sorel, 28 décembre 1885, 15, R. L. 179, maintenant une action pour faire déclarer exécutoire contre les enfants un jugement obtenu contre leurs père et mère conjointement.

Massé v. *Larivé*, C. S. Fraserville, 17 novembre 1892, R. J. Q. 2 C. S. 269, où il a été jugé que: " Dès le lendemain de la mort du testateur, son créancier a le droit d'assigner le légataire universel, et telle assignation est valide à toutes fins quelconques :"

Lemieux v. *Naulin*, C. S. Québec, 13 octobre 1894, R. J. Q., 6 C. S. 405, où il a été jugé que : " Une succession ne peut rester en suspens jusqu'à ce que l'héritier le plus proche, même lorsqu'il est mineur, l'ait acceptée ; tant qu'il ne l'a pas répudiée cet héritier exclut les autres, et c'est contre lui que les créanciers de la succession doivent porter les actions qu'ils ont pour la conservation de leurs droits."

Larocque v. *Daignault*, C. S. Rev., Montréal, 31 mai 1895, Juges Jetté, Mathieu & Pagnuelo, R. J. Q., 7 C. S. 426, où il a été jugé que : " Une succession ne peut rester en suspens ; l'héritier le plus proche tant qu'il n'a pas renoncé, exclut les héritiers plus éloignés, et c'est contre lui seul que les créanciers de la succession peuvent diriger leurs actions ; le demandeur pouvait s'adresser aux héritiers apparents ; lui refuser le droit de poursuivre l'un d'eux, parcequ'il est mineur, serait le priver de tous moyens de reclamer ses droits,

il ne peut dépendre du bon vouloir du tuteur que le créancier puisse ou non poursuivre."

Telle était aussi la jurisprudence avant la Cession, suivant un jugement de la Prévôté de Québec, du 11 février 1738, rapporté 1 R. J. R. Mathieu, 16, ordonnant à une défenderesse tutrice, de prendre sous 15 jours, qualité pour ses mineurs soit d'héritiers purs et simples de leur père ou d'héritiers sous bénéfice d'inventaire, sinon et le dit temps passé, qu'il serait fait droit sur la demande du demandeur.

Une première cause s'était présentée, celle de *Julien* v. *Hart*, C. S. Québec, 7 Décembre 1885, 11 Q. L. R. 325 ; dans l'espèce la tutrice avait accepté, sur avis homologué du conseil de famille, puis procédé à l'inventaire, et finalement renoncé avec les mêmes formalités, et rendu compte au curateur de la succession vacante : sur quoi l'action prise contre elle avant cette renonciation fut renvoyée. M. le juge Casault, dans la cause de *Lemieux* v. *Naulin*, cite une cause non rapportée de *Beaudoin* v. *Pagé*, C. S. Québec, en 1893, où le demandeur concluait à une condamnation personnelle contre le mineur comme héritier pur et simple, son tuteur n'ayant pas accepté ni renoncé dans les délais, et où l'action fut renvoyée.

Sur le second chef (poursuites par le tuteur,) je trouve les causes suivantes.

Bérard v. Letendre, C. S. Sorel, 10 juin 1876, 7 R. L. 391 où il a été jugé que : "Un tuteur qui poursuit pour ses mineurs pour une part d'hérédité n'est pas tenu d'alléguer qu'il a été autorisé à accepter la succession au nom de ses mineurs."

Johns v. *Patton*, C. S. Sherbrooke, 10 L. N., 45, confirmé en revision, Montréal, 23 février 1887, Juges Taschereau, Loranger & Ouimet, 16 R. L. 547, où l'action a été renvoyée, n'y ayant pas eu d'acceptation autorisée.

Powers et Martindale, Cour d'appel, 29 novembre 1892, Juges Lacoste, Bossé, Blanchet, Hall & Ouimet, R. J. Q., 1 Q. B. 144, où il a été jugé que : "The absence of authorization to a tutor to accept a legacy prior to action brought by the tutor claiming such legacy may be covered by an author-

ization duly given by family council, subsequent to the institution of the action," le jugement condamnant toutefois le demandeur aux frais de la demande incidente prise par suite du retard à obtenir l'autorisation.

Sur le troisième chef, (effet de l'acceptation ou du défaut d'acceptation,) le poids des décisions citées ci-dessus en premier lieu va à établir que les créanciers ne peuvent être arrêtés dans leurs poursuites par le défaut d'acceptation du tuteur, pas plus qu'au cas d'un héritier majeur, et ceci est conforme aux principes sur la saisine des héritiers, C. C. 607, 891. Le mineur et le majeur, après le délai légal, C. C. 666-669, sont donc également sujets à condamnation, sauf le recours du mineur contre le tuteur.

Dans *Trudel* v. *Letendre*, 1885, cité ci-devant, le Juge rendant jugement contre les mineurs dit : " Il est très possible que les mineurs, même après la reddition du présent jugement, soient encore à temps pour renoncer, et, par conséquent, pour se libérer du jugement que le demandeur veut faire exécuter contre eux. Leur répudiation ou renonciation à la succession ne pourrait se faire qu'en conformité à l'article 301. Le défendeur n'a pas pu en prenant possession des biens laissés par Dame (leur mère) rendre les mineurs héritiers purs et simples, et accepter l'hérédité pour eux. Les mineurs eux-mêmes en s'immisçant dans les affaires de la succession ne se seraient pas obligés comme héritiers purs et simples."

Dans *Lemieux* v. *Naulin*, 1894, aussi cité ci-devant, le Juge en chef Casault, en considérant la jurisprudence antérieure remarque justement que dans l'espèce de *Julien* v. *Hart*, il n'y avait plus lieu à renonciation, vu qu'il y avait eu acceptation sous l'article 301, c'est-à-dire, acceptation sous bénéfice d'inventaire, et que dans notre droit, au contraire du droit français, l'héritier benéficiaire n'est pas admis à renoncer à la succession, C.C. 677, ce qui s'applique tant au mineur qu'au majeur. Il remarque de plus la disposition importante contenue dans notre article 301, et qui ne se trouve pas dans le Code Napoléon ; d'où il conclut qu'à défaut d'ac-

ceptation suivant les formalités de cet article, le mineur doit être condamné non pas comme héritier pur et simple sur les conclusions du demandeur, mais comme héritier bénéficiaire, en restreignant ces conclusions, C. P. C. 17.

Dans la cause de *Dèvlin* v. *Devlin*, C. S. Montréal, 28 mars 1894, R. J. Q. 6 C. S. 338, le défendeur tuteur a été condamné à rembourser aux mineurs la partie de certaines assurances-vie, payables à la femme et aux enfants, S. R. Q. 5604-5, que le tuteur avait employée au paiement des dettes de la succession, dont l'actif s'était trouvé insuffisant, " considérant que si les mineurs ont accepté tacitement la succession de leur père, cette acceptation n'a été faite que par leur tuteur," et énoncant que " l'acceptation par le mineur se fait toujours sous bénéfice d'inventaire."

Je crois devoir humblement différer de certaines décisions et opinions énoncées dans quelques unes de ces causes.

Aucun texte n'exige une acceptation avec les formalités préalable aux poursuites prises par le tuteur, et je démontrerai plus loin le droit absolu de ce dernier de recevoir, et par conséquent de poursuivre. D'ailleurs, tous les jours les Juges accordent l'autorisation à vendre les immeubles dépendant de successions echues aux mineurs. S'enquièrent-ils de la forme dans laquelle la succession a été acceptée par le tuteur ? Non, car le code n'en fait aucune mention, quoiqu'entrant dans beaucoup de détails sur ce qui doit accompagner l'autorisation à vendre, C. C. 297-9 ; avec les formalités voulues, cette vente devient un titre aussi parfait que s'il procèdait d'un majeur, C. C. 1010. Il n'y a pas lieu d'exiger plus dans une poursuite.

Le tuteur n'est tenu de justifier que de sa qualité. Il n'est plus même tenu de justifier de l'enregistrement de la tutelle, le legislateur ayant aboli, S. Q. 1888, c. 22, s. 1, cette partie de l'article primitif 304 de notre code. Il n'a besoin d'aucune autorisation ; telle est l'économie de notre droit. Le mineur n'en est pas moins responsable des frais, même quand le tuteur y est condamné personnellement, sauf son recours. Traité des Minorités, (cité ci-après), p. 467 ; quand il s'agit

des actions immobilières du mineur émancipé, il n'est pas non plus question d'autorisation, l'assistance du curateur suffit, C. C. 320.

Bien différent est le cas d'appel que le tuteur ne peut instituer sans autorisation, C. C. 306, et la jurisprudence s'est simplement conformée au code en exigeant telle autorisation dans *Bessener & de Beaujeu*, 16 L. C. J., 224, *Clément & Francis*, 6 L. N., 325, *Laforce & Maire &c de Sorel*, 6 M. L. R., 189.

Le code dit que l'acceptation avec les formalités de l'article 301 n'a lieu que "sous bénéfice d'inventaire. Mais l'on n'en peut conclure, par aucune espèce de raisonnement, qu'à défaut de telle acceptation, ou de renonciation "le mineur est censé avoir accepté sous bénéfice d'inventaire." Depuis quand l'absence de formalités prescrites a-t-elle le même résultat que leur accomplissement ? A quoi donc servirait de les prescrire? Non, l'effet du bénéfice d'inventaire ne peut être étendu audelà du cas prévu par l'article. C'est déjà trop d'avoir pris du Code Napoléon une phraséologie vicieuse quant à ce pays, il ne faut pas aller jusqu'à accepter toutes faites des opinions qui, pour avoir cours en France, n'ont pas leur raison d'être ici, où nous avons l'alternative de l'acceptation pure et simple par le tuteur, sauf restitution au mineur. 1.

IV

EFFETS

J'entre maintenant sur un terrain plus pratique.

Comme il se fait tous les jours, un tuteur a pris possession d'une succession opulente échue au mineur, l'acceptant par le fait et sans les formalités de l'article 301. Il a réalisé l'actif mobilier, perçu les créances, payé les créanciers, administré en bon père de famille. Il rend compte au mineur devenu

1. Je ne cite pas *Rolland & Michaud* Q. R. R. 19, et 31 L. C J. 96 ; car dans l'espèce il s'agit d'une acceptation par le tuteur faite avant le code.

majeur, qui, en acceptant ce compte, ratifie l'acceptation de la succession, faite par son tuteur, et donne par là même, à cette acceptation, un effet définitif dès sa date.

Un autre tuteur prend possession d'une succession, administrant aussi en bon père de famille, mais cette succession, par suite, soit de dépréciation de propriétés, soit d'insolvabilité impossible à prévoir d'un des débiteurs, devient désavantageuse. Le mineur, devenu majeur, refuse d'assumer cette perte. Quoique la déconfiture soit toujours l'exception, comme dit Laurent, il est bon d'étudier quelle sera la position, quels seront les droits tant du mineur que des tiers.

Si je remonte au droit romain, je trouve que le mineur a deux remèdes, la restitution en entier, et la voie de se pourvoir contre son tuteur. " *Pupilli ne laedantur duplex habent remedium, videlicet restitutionis in integrum, et actionis adversus Tutores.* Novell. *de heredit. et falcid.* § *illud quoque prospeximus.* C'est la restitution que notre ancien droit accorde au mineur contre l'acceptation désavantageuse.

" L'effet de la restitution est, que les parties soient remises dans le même état qu'elles étaient auparavant, comme si elles n'avaient fait aucune affaire entr'elles ; car comme le bénéfice de restitution n'a été introduit, que pour empêcher, que le mineur demeure lésé, par ce qu'il a fait, il est aussi de l'équité naturelle que ce bénéfice ne lui donne pas occasion de s'enrichir au préjudice de celui, avec qui il a contracté, ou fait affaire." *Ferrière, Dictionnaire de Droit,* Vbo. Mineur.

" L'héritier qui a accepté une succession étant mineur, peut pour cause de sa minorité, se faire restituer contre son acceptation, lorsqu'elle lui est désavantageuse...... L'effet de la restitution contre l'acceptation d'une succession, est que celui qui est restitué, est déchargé de tous les engagements qu'il a contractés par son acceptation en rendant par lui un fidèle compte de tout ce qui lui est parvenu des effets de la succession, par exemple, il est déchargé de l'acquittement des dettes, des legs et des autres charges de la succession. Si c'est

un enfant, il est déchargé de l'obligation du rapport des choses qui lui ont été données, il peut demander son douaire dont il avait fait confusion par son acceptation. Au reste, nonobstant la restitution, il demeure toujours, selon la subtilité du droit, héritier selon la règle *qui semel haeres semper haeres.*" *Pothier*, *Successions*, C. 3, 5, 3, art. 1, § 4.

"Il faut convenir que les mineurs sont traités plus favorablement dans notre Droit que dans le Droit Romain ; car par les lois romaines pour exclure un mineur de la restitution, il suffisait qu'il n'eût point souffert de lésion, eu égard au temps de la renonciation ou de tout autre contrat : en sorte que si par hasard la chose lui devenait désavantageuse dans la suite il n'était point restitué sous ce prétexte... Au lieu que dans notre Droit quand un mineur demande d'être relevé d'une renonciation ou de tout autre contrat, l'on juge de la lésion, eu égard au temps présent ; en sorte que si par des rencontres fortuites, les biens de la succession sont augmentés de prix, depuis sa renonciation, on le restitue comme lésé... Si le tuteur s'étant porté héritier pour son mineur a dissipé les biens, le mineur n'en souffre pas ; mais doit seulement céder ses actions aux créanciers. Que si le mineur qui a renoncé peut se faire relever en majorité, pour se porter héritier, aussi celui qui s'est porté héritier, peut se faire relever pour renoncer à la succession, à moins qu'il n'ait ratifié en majorité." *Lebrun*, *Successions*, p. 548-9.

" Le mineur se peut faire restituer contre l'appréhension faite pour lui par son tuteur d'une succession qu'il trouve onéreuse ; mais il est tenu en son nom de rendre aux créanciers ce que son tuteur a reçu, sauf son recours contre ce tuteur." *Traité des Minorités*, Paris 1713, Anonyme, p. 98. (attribué à *Meslé*.)

Le mineur malgré l'acceptation de son tuteur, renonçant à la succession, parce qu'elle lui est désavantageuse, il ne se présentera pas d'autre héritier, et la succession sera déclarée vacante. Le compte de tutelle sera rendu au mineur, sans y porter cette succession, s'il y a d'autres biens, sinon au curateur à la succession vacante, représentant les créanciers.

Le cas ici est différent de celui dans *Julien* v. *Hart*, où la tutrice avait accepté avec les formalités ; elle devait administrer jusqu'à liquidation finale, n'y ayant pas, vu son acceptation bénéficiaire, vacance dans la succession.

Le compte est donc rendu au curateur. Le tuteur a perçu les créances de la succession échue au mineur ; son droit de le faire est inhérent à sa charge. Il fait le placement des deniers " qu'il a reçus des débiteurs du mineur " " ainsi que des capitaux qui lui sont remboursés, C. 294-5 ; il représente l'héritier apparent, au nom de qui il est en possession de la succession, C. C. 870 ; il est en possession de la créance, C. C. 1145. A chacun de ces titres, le paiement est valable. Si à la créance est attachée une hypothèque, cette hypothèque est éteinte par le fait du paiement, n'étant qu'un accessoire, C. C. 2017 § 4, et le régistrateur justifié à radier, vu que "la quittance comporte un consentement à la radiation." C. C. 2148 § 2. En France, l'on décide ainsi, quoique cette dernière disposition ne se trouve pas à l'article correspondant (2157) du Code Napoléon.

" Le tuteur reçoit valablement ce qui est dû au pupille, sans être tenu de donner caution, ni de justifier de l'emploi." " Le débiteur qui paie entre les mains de ces personnes est parfaitement libéré, quand même elles deviendraient insolvables. " *Dictionnaire du Notariat*, Vbo. Paiement, Nos. 77, 79." Lorsque le créancier est mineur, c'est au tuteur qu'il appartient de donner main-levée, puisque c'est lui qui a droit de poursuivre et de recevoir le paiement de la créance. *Grenier, Hypothèques*, No. 521." " Si le tuteur donne main-levée après avoir reçu le paiement de la créance, c'est qu'il ne fait alors que constater un fait pré-existant, l'extinction légale de l'hypothèque." *Idem*, Vbo. Main-levée, 35, 36.

" Il (le tuteur) peut recevoir le paiement de toutes sommes dues au mineur, soit en capitaux, soit en fermages ou intérêts. Le conseil de famille n'est point en général, et à moins de circonstances exceptionnelles qui nécessiteraient de pareilles mesures, autorisé à restreindre les pouvoirs qui appartiennent, sous ce rapport, au tuteur, en lui imposant l'obligation

soit de faire un emploi déterminé des fonds à toucher, soit de n'en recevoir le paiement qu'en présence du subrogé-tuteur ; et les tiers débiteurs, de leur côté, ne sont pas admis à exiger de lui un emploi quelconque Si toutefois, le tribunal avait, en autorisant la vente ou la licitation des immeubles du mineur, ordonné que le prix restât entre les mains de l'acquéreur, ou qu'il en fût fait un emploi déterminé, le paiement effectué contrairement à ces prescriptions ne serait pas valable à l'égard du mineur. Du reste, le tuteur peut même, en recevant le paiement d'une créance hypothécaire, donner main-levée de l'inscription prise pour sûreté de cette créance." 1, *Aubry & Rau*, 457.

Au contraire, la citation suivante ne saurait s'appliquer ici pour la double raison que le tuteur est en possession légale de la succession, et que la quittance a par elle-même l'effet d'autoriser la radiation, tandis qu'en France, cette radiation doit être consentie.

" Le conservateur a intérêt à s'enquérir de la nature de la transmission qui a fait passer la créance aux mains des mimineurs. En effet, si elle leur provient d'une succession ou d'un legs soit universel soit à titre universel, l'autorisation du conseil de famille a dû précéder l'acceptation de l'hérédité ou du legs. Ces formalités exigées étant omises, le mineur pourrait toujours répudier la succession ou le legs. Alors le tuteur aurait touché un capital qui appartiendrait à d'autres qu'à son pupille ; et si ce tuteur n'était pas solvable, l'ayant droit exercerait son recours contre le conservateur qui aurait radié sans le consentement de la partie intéressée." 1. *Boulanger* 373. *Traité pratique et théorie des radiations hypothécaires.*

Cette insolvabilité, très improbable puisqu'elle résulterait de deux exceptions combinées, un tuteur insolvable à une succession insolvable, cette insolvabilité, dis-je, ne peut guères affecter les biens de cette succession. La gestion du tuteur est garantie par l'hypothèque légale qui a dû être enregistrée en faveur du mineur, responsable de ce dont il aura bénéficié provenant de la succession ; car nos tribunaux

annulent la nomination de tuteurs qui n'ont pas d'immeubles capables de répondre de leur administration. *Lynch* v. *Carbray*, C. S. Rev., Québec, 31 octobre 1893, Juges Casault, Andrews & Larue, R. J. Q. 4 C. S. 453.

La partie intéressée se trouvera plus assurée que l'héritier testamentaire en vertu d'un testament découvert après la prise de possession de l'héritier apparent, qui peut n'être qu'un prodigue. Le droit de ce dernier de recevoir est incontesté, sauf recours contre lui en faveur du vrai héritier. C. C. 870. Mais si cet héritier apparent a tout dissipé, ce recours sera illusoire, cependant il n'y en aura aucun ni contre les débiteurs qui ont payé, ni contre le régistrateur qui a radié, ni contre quelqu'autre que ce soit.

L'oyant prend la succession dans l'état présent, se soumettant à la force du fait accompli. Les auteurs ne traitent que succinctement cette question de restitution du mineur. De ceux que j'ai pu consulter, c'est *D'Espeisses* qui explique le mieux le cas dont il s'agit ; dans l'édition de 1778, contenant les additions de *La Combe*, Vol. 1, p. 839, il est dit, avec citations du droit romain que j'omets :

" Ce qui a été fait de bonne foi avant que l'instance de restitution en entier fut commencée, ne doit pas être rétracté; ainsi si un mineur avant l'instance commencée en répudiation d'une hérédité qu'il avait auparavant acceptée, a payé des legs, tels paiements sont bons, et ne sont pas à ses dépens, quoique depuis il se soit fait restituer en entier envers la dite acceptation. Il en est de même si avant la dite instance en répudiation il avait payé des créanciers héréditaires, car les autres créanciers héréditaires ne sont pas recevables à demander que ces deniers qui leur ont été payés, soient de rechef mis au bloc de l'hérédité. D'abondant, le paiement fait au mineur institué héritier par le débiteur du dit mineur, des deniers qu'il lui avait prêtés de l'hérédité, étant fait avant l'instance de restitution en entier envers l'acceptation de l'hérédité, est valable, en sorte que le curateur qui sera depuis donné à l'hérédité jacente, n'aura point d'action contre tel débiteur. Pareillement si le mineur institué héritier par

quelqu'un, a répudié l'hérédité, et qu'on ait mis un curateur à cette hérédité jacente, ce qui aura été fait de bonne foi par tel curateur sera valable, et ne sera pas rétracté, bien que depuis le mineur se soit fait restituer en entier envers cette répudiation d'hérédité, et ce que dessus a lieu, soit que le dit mineur soit solvable ou non."

Si le tuteur avait commis l'imprudence de payer audelà de l'émolument avec d'autres biens du mineur, il y aurait alors ouverture en faveur de ce dernier au deuxième remède accordé par le droit romain, *actiones adversus tutores*.

Dans la cause de *Devlin* v. *Devlin*, après débats sur le compte il intervint jugement déclarant que " quoique le défendeur ait payé ces dettes de bonne foi, il ne peut exiger de ses pupilles le remboursement de ce qu'il a payé audelà des forces de la succession," " qu'il ne peut se servir pour cet objet du montant des assurances " prises suivant S. R. Q. 5604-5, " que le défendeur se trouve à perdre des sommes déboursées par lui pour solder les comptes de la succession," mais condamnant le défendeur à payer le reliquat de compte ainsi augmenté.

Ce n'est pas le seul cas où le tuteur est exposé à perdre par suite de sa charge. Un autre se présente, celui où le tuteur aura fait dépenser à son mineur plus que son revenu, qui reste après les charges annuelles et les réparations nécessaires ; cet excédant de dépense "lui tombe en perte," disent les auteurs. *Meslé, Minorité*, 1 pp. 195, 337. *Actes de Notoriété*, pp. 152-8, (Acte du 21 mars 1699.)

Il semble injuste que le tuteur souffre ainsi, même quand, par respect pour la mémoire du défunt, il n'aura pas permis que sa succession soit déclarée insolvable. Mais toute charge entraîne des responsabilités, et le pouvoir du tuteur est établi pour la bonne administration des biens du mineur, non pour l'en dépouiller, *tutor in re pupilli tunc domini loco habetur cum tutelam administrat, nec cum pupillum spoliat.* Le recours du mineur contre son tuteur est consacré par plusieurs articles de nos codes, qu'il n'est pas nécessaire de citer.

Le tuteur ayant ainsi payé plus que l'émolument de la succession, y aura-t-il recours en sa faveur contre les créanciers payés ? Il n'entre pas dans le cadre du présent écrit de discuter cette question.

Je mentionnerai seulement la question débattue en France, s'il y a lieu à autorisation tacite du conseil de famille pour l'acceptation d'une succession échue au mineur, ou à ratification de celle faite par le tuteur sans formalités : les opinions sont contradictoires.

"La mère tutrice demande au conseil l'autorisation de vendre un immeuble dans lequel le mineur a une part, l'autorisation est accordée. Implique-t-elle l'autorisation d'accepter l'hérédité ? Non, car le conseil n'avait pas été consulté sur cette question, et l'autorisation étant un acte solennel, il ne peut être question d'un consentement tacite." 5, *Laurent*, 71.

" L'acceptation tacite (sous bénéfice d'inventaire) peut avoir lieu pour les successions dévolues aux mineurs. Seulement comme les successions auxquelles les mineurs sont appelés ne peuvent être acceptés en leur nom qu'avec l'autorisation du conseil de famille, l'acceptation tacite ne peut résulter que d'actes autorisés par ce conseil." *Encyclopédie du Notariat*, Vol. 19, No. 178, citant divers jugements conformes.

"L'abandon de biens d'une succession (après acceptation bénéficiaire) faite aux créanciers de la succession par le tuteur, sans autorisation du conseil de famille n'est pas régularisée par une approbation ultérieure." *Sirey*, *Codes Annotés*, art. 461, avec jugements cités à l'appui.

Cette question n'a pas d'actualité ici, où le droit est différent. Il n'y a que l'acceptation faite avec les formalités de l'art. 301 qui enlève au mineur son droit à la restitution, et donne à cette acceptation l'effet de celle du majeur. Dans l'autorisation à vendre un immeuble de la succession, acceptée par le tuteur sans formalités, l'on peut tout au plus trouver une approbation de la position prise par le tuteur, mais non pas un moyen de priver le mineur de la protection établie en sa faveur.

V

CONCLUSIONS.

La succession échue à un mineur peut être acceptée par son tuteur, par déclaration à cet effet, ou simple prise de possession, sans autorisation sur avis du conseil de famille, malgré les termes prohibitifs de l'article 301 C. C., ainsi que peut être acceptée la donation entre-vifs ou testamentaire.

Cette acceptation produit les mêmes effets qu'avant le code, savoir, que le mineur est restituable, et en conséquence exempt des conséquences d'un rapport désavantageux auquel il serais soumis comme héritier bénéficiaire.

L'acceptation avec les formalités de l'art. 301 a été introduite seulement pour lui donner l'effet de l'irrévocabilité, comme si elle était faite par un majeur, et fournir un moyen, inconnu avant le code, de faire disparaître l'incertitude résultant du droit du mineur à la restitution.

N'y ayant que deux formes d'acceptation de succession, l'acceptation pure et simple, et celle sous bénéfice d'inventaire, et cette dernière, dans le cas de mineurs, ne pouvant se faire qu'avec autorisation sur avis du conseil de famille, celle faite par le tuteur sans ces formalités ne peut être autre que pure et simple.

L'on ne peut dire qu'à défaut d'acceptation ou de renonciation, faite en chaque cas avec les formalités, le mineur est censé avoir accepté sous bénéfice d'inventaire, notre droit lui faisant une position préférable, que le droit français ne connait pas, et l'absence des formalités prescrites ne pouvant avoir le même effet que leur accomplissement.

Le mineur poursuivi par un créancier, après les délais pour faire inventaire et délibérer, doit être condamné comme héritier pur et simple, comme le serait un majeur, sauf recours contre son tuteur pour les frais, si la succession est ensuite acceptée.

Le tuteur, en vertu de sa charge, ayant droit de recevoir le paiement des créances dues au mineur, a en conséquence le

droit d'en poursuivre le recouvrement en justice, sans avoir à justifier d'une acceptation de succession suivant les formalités de l'art. 301, aucun texte ne l'y obligeant, et sa capacité de recevoir ne découlant pas du fait de telle acceptation.

Le tuteur qui a payé, avec d'autres biens du mineur, les dettes d'une succession dont l'actif n'a pas été suffisant, est tenu au remboursement sur ses biens personnels, en vertu du droit de recours du mineur contre son tuteur.

PHILIBERT BAUDOUIN,
Membre du Cercle
des Notaires.

Février, 1896.

— Pour apprendre le droit, il faut commencer par apprendre les *Institutes* de Justinien, qui en sont le rudiment ; puis apprendre ses *Pandectes*, qui ne sont qu'un recueil des discussions et des décisions du droit civil, que cet empereur fit extraire des ouvrages des anciens jurisconsultes, pour avoir force de lois. Il appela cette collection du nom de *Pandectes*, composé de deux mots grecs, qui signifient *contenir tout*, parce que, comme il le dit lui-même, elles contiennent la discussion et la décision de toutes les questions de droit ; ou de celui de Digeste, parce que les lois y étaient classées par livres et par titres, dans un ordre régulier. — *Prolégomènes des Pandectes*, p. 43

DE LA PREUVE DES DELITS EN MATIERES COMMERCIALES

La diversité de nos lois civiles et commerciales a de tout temps créé de nombreuses difficultés et les codificateurs se faisaient l'écho de leurs contemporains lorsqu'ils disaient dans leurs rapports :

" Rien n'est plus propre à embarrasser et retarder l'administration de la justice que l'existence de lois diverses pour différentes classes de personnes ou de choses." [1]

Ces embarras existent encore, et particulièrement dans la preuve des obligations commerciales.

Cette divergence entre le droit civil et le droit commercial peut paraître inexplicable de prime abord, mais si on y réfléchit bien, la raison saisit facilement pourquoi le législateur a fait cette distinction, pourquoi, dans la province de Québec, nous avons conservé dans notre code civil les lois anglaises en certaines matières commerciales. Ce n'était pas assurément parceque les principes des lois civiles sont insuffisants, ni parceque les lois françaises sont défectueuses ; non, le législateur a été inspiré par des motifs d'utilité publique. Il a conservé le droit anglais parce que le commerce, dans un pays, doit être régi par des lois uniformes ; ses opérations n'étant pas limitées par les bornes d'une province, il importait donc d'adopter sur ce point la règle de la majorité. Nous avons fait ici ce qu'on a été obligé de faire dans les autres confédérations. L'Allemagne a adopté une législation commerciale presque uniforme, et, depuis le 1er janvier 1883, la Suisse en a fait autant.

Au point de vue philosophique, il n'y a pas de différence sans doute, entre une vente faite entre non-commerçants et la même opération consentie par des commerçants.

Ainsi quand le Juge Smith déclarait :

" The passing of a moveable from hand to hand by sale was

[1] Vol. 1er, p. 27,

" in his view an act of commerce. The question ought not to " be what the capacity of the parties was e.g., were they tra- " ders, but what was the transaction." [1] .... ce savant juge raisonnait au point de vue purement spéculatif; car il y a évidemmeut dans la pratique une grande distinction à faire entre ces deux opérations Entre non-commerçants, la vente est un contrat d'occasion ; tandis que pour le commerçant, c'est un contrat d'habitude. Le commerce comporte nécessairement des opérations incessantes lesquelles sont des faits juridiques. La liberté du commerce, la rapidité de ses opérations seraient entravées si la preuve de ses obligations n'était pas plus facile que celle des autres actes juridiques. C'est donc sur des motifs d'utilité publique que le législateur s'est appuyé pour nous donner l'exception de l'article 1206.

Le cultivateur qui vend ses produits, et celui qui les achète pour les revendre, ne font pas d'ailleurs la même opération; celle du premier ne comporte aucune spéculation tandis que celle du second ne contient rien autre chose. [2]

La transmission d'un meuble de main à main, par vente, ne comporte pas par elle-même l'idée d'un profit à réaliser, mais si la même opération est accomplie par un commercant en semblable matière, il y a présomption que c'est une spéculation.

Ces distinctions peuvent paraître futiles aux personnes qui n'étudient que le droit anglais, elles paraissent toutes naturelles à celles qui étudient le droit français. La raison en est bien simple : le droit anglais fait peu ou point de distinctions entre les opérations commerciales et les opérations civiles. En France, au contraire, la question de commercialité ou de non-commercialité joue un grand rôle quant à la juridiction des tribunaux et quant à la preuve.

---

[1] 3 Jurist, p. 28.

[2] L'art. 2260 a donc dérogé aux principes autrefois admis. Cette partie de l'article n'est pas indiquée comme étant de droit nouveau car le changement fut introduit avant le code par la loi 22 Vict. ch. 5, s. 63.

Mais le fait que les principes juridiques développés dans les lois civiles s'appliquent au point de vue philosophique, tant à la vente civile qu'à la vente commerciale, justifie le législateur d'avoir décidé que ces lois ont leur application quand le droit commercial n'y déroge pas.

Le droit commercial est donc un droit spécial et exceptionnel.

C'est d'ailleurs ce qui a été déclaré par l'article 2278 : " Les principales règles applicables aux affaires commerciales, " qui ne sont pas contenues dans le présent livre, sont énoncées " dans les livres qui précèdent, et nommément dans les titres, " du troisième livre : *Des Obligations ; De la Vente ; Du Louage ; Du Mandat ; Du Nantissement ; De la Société ;* et *De la Prescription.*" C'est également cette règle que nous donne le Code quant à la preuve. L'art. 1206 dit : " Les règles contenues dans ce chapitre s'appliquent aux matières commerciales comme aux autres, à moins qu'elles ne soient restreintes expressément ou par leur nature."......

En France même où l'on a rédigé un code distinct pour le commerce, on décide qu'en rédigeant le code civil, on a admis seulement qu'il pourrait y avoir des règles spéciales au commerce, et on a déclaré, dans les travaux préparatoires, que le code de commerce ne faisait que suppléer au code civil. [1]

C'est-à-dire que le code civil forme le droit commun.

Ce point est fondamental ; car, dans tous les cas de doute, il faut recourir à la preuve de droit commun.

—2o—

Pour décider si une matière est commerciale, quel droit faut-il consulter, le droit français ou le droit anglais ? Il est vrai que le Code ne nous définit pas quelles sont les matières commerciales, et nous sommes obligés de suivre sur ce

---

1 Locré, Législ. civile, commerciale etc. Vol. 17, pp. 2, 4, 135, 145, 146. D. P., 73, 1, 301.

point le droit existant lors de l'introduction des lois anglaises dans le pays.

Les lois anglaises ont été introduites quant à la preuve en matières commerciales, mais quant à la preuve seulement.

La question de savoir si un contrat est commercial joue un grand rôle dans la décision d'un procès, elle n'influe pas seulement sur la preuve mais sur la nature même de l'obligation.

En matières commerciales, la solidarité se présume; (Art. 1105) le débiteur est en demeure par le seul laps du temps (Art. 1069); la vente de la chose d'autrui est valide (Art. 1488) ; il en est ainsi pour le nantissement (Art. 1966a) ; la prescription de cinq ans est la règle (Art. 2260) ; le mineur est réputé majeur (Art. 323) ; la femme, marchande publique, s'oblige sans le consentement de son mari (Art. 179) etc., etc.

La nature de la convention diffère évidemment de la preuve ; la convention est donc régie par nos lois françaises.

Ces principes furent exposés dans les plaidoiries de Messieurs Ogden et Davidson, devant la Cour d'Appel, à Montrèal, le 17 Novembre 1835 :

" It is admitted, disaient-ils, that this is a commercial " case within the contemplation of the Legislators who fram- " ed the ordinance, and it is therefore subject to the English " rule of evidence. It does not follow as a legitimate " consequence of this admission that the merits of the de- " mand, the right of action, the property in the debt claim- " ed, are to be governed by the laws of England, of which " the rules of evidence only have been introduced". [1]

S'appuyer sur le droit anglais pour définir les contrats commerciaux serait admettre l'introduction de ce droit en matière de convention ; ce serait étendre l'exception au lieu de la restreindre.

Notre droit commun étant français, c'est donc chez les auteurs français qu'il faut chercher la définition des obligations commerciales ; c'est d'ailleurs la pratique uniforme de nos tribunaux.

---

[1] Rev. de Lég. pp. 70 et S.

Ainsi on trouve au Vol. 2, de la Revue de Législation, pp. 77 et 78, deux décisions de la Cour du Banc du Roi qui maintiennent le principe que :

Les transactions qui étaient de la juridiction consulaire française doivent être considérées comme des matières commerciales, selon le sens de l'Ordonnance 25 George III, Chap. 2, Section 10.

L'Edit de 1563, en établissant la juridiction consulaire disait :

" Que les Juges et Consuls des marchands connoitront de " tous procès et différents qui seront ci-après mus entre mar- " chands pour *faits de marchandises seulement* privativement " à tous Juges Royaux."

Il est bien vrai que la juridiction des Juges-consuls ne fût pas établie dans ce pays, mais cela n'affecte pas la question. Si des tribunaux de commerce eussent été établis dans ce pays, quelles causes leur auraient été soumises ? Evidemment les causes tombant devant les Juges-consuls en France, et il aurait fallu consulter leurs arrêts sur la matière.

Comme disait le Juge Sewell, à qui nous empruntons ces observations :

" But, even admitting that, before the conquest, what, by the law of France, was a commercial matter, or AFFAIRE DE COMMERCE, was not to be so considered in Canada, because, in the peculiar law of Canada, there was no such distinction, still, as such a distinction is now introduced, the wisdom and experience of France, in the designation of her commercial matters, by her EDITS, DÉCLARATIONS & ARRÊTS of her courts of law, are the best and safest guides to the true construction of an Ordinance, by which, this distinction has been made, by way of except ion to the ordinary rules of evidence, which are derived from the law of France. " [1]

---

[1] **Pyke's, Index, p p. 15 et 16.**

—3o—

Ces principes étant établis, entrons maintenant dans l'examen d'une espèce particulière.

L'article 1232 du Code Civil a éte amendé par la loi 54 Vict., chap., 45, Section 1, en y ajoutant :

" Nonobstant ce qui précède, toute partie à une instance
" peut donner un témoignage en sa faveur, dans toute affaire
" d'une nature commerciale, mais sa crédibilité en peut être
" affectée. "

Quel est le sens véritable dons lequel on doit entendre cette disposition du statut ?

La Cour de revision, dans une cause de Davidson et Garceau, [1] a maintenu que dans l'application de cette loi, il faut considérer la nature de la cause. Si la cause est commerciale, la preuve sur un incident pourra être faite par la partie. Il s'agissait en cette cause de la preuve sur une requête contestant un capias. L'exigibilité de la dette n'étant pas en cause le seul point à être déterminé par les juges était de savoir si le défendeur-requérant était coupable ou non d'avoir récélé ses biens dans l'intention de frauder ses créanciers. La Cour supérieure, à St-Hyacinthe, avait refusé d'entendre le défendeur comme témoin. Ce jugement fut déclaré erroné par la Cour de revision parceque la cour de St-Hyacinthe avait refusé au défendeur la permission de donner son témoignage en sa faveur.

La question soulevée en cette cause était nouvelle en ce pays. Nous n'avons jamais eu de tribunaux de commerce, les délits et les conventions sont donc toujours tombés sous la même juridiction. Au point de vue de la preuve, cette question était sans intérêt pour nous, les délits pouvant toujours être prouvés par témoins. [2] C'est donc si nous ne nous trompons, la première fois que la distinction entre les délits et les conventions en matière de commerce a sa raison d'être en cette province.

---

[1] 6 R. O. (c. s.) p. 328.
[2] Art. 33 335.

La solution adoptée par la Cour de revision nous paraît la moins acceptable. En effet, la Cour de revision, pour déterminer le mode preuve, déclare qu'il suffit que l'instance se rapporte à une affaire d'une nature commerciale et qu'il est indifférent que la question de fraude soit instruite sur un incident ou sur le principal. La dernière partie de ce considérant est indiscutable, mais elle suppose comme admis que, sur le principal les parties peuvent être témoins, ce qui nous semble une doctrine peu admissible, comme nous allons nous efforcer de l'établir.

L'instance, dit la Cour de revision, se rapportait à une affaire d'une nature commerciale ; voilà le véritable motif de la Cour de revision : l'Instance. Ce n'est pourtant pas la nature de la cause qui doit déterminer le mode de preuve, mais la nature de chaque fait à établir. Nulle part dans le code, nulle part dans la jurisprudence française, nous ne trouvons l'application du principe émis par la Cour de revision ; au contraire, les auteurs nous paraissent unanimes à dire que la juridiction même n'affecte pas la preuve. Comme on le sait en France, la commercialité de l'acte détermine la juridiction ; mais quant à la preuve, c'est la nature du fait à prouver qui la régit.

L'art. 1233 permet la preuve testimoniale de tout fait relatif à des matières de commerce.

L'art. 1206 parle également des " matieres commerciales. " Nulle part au titre de la preuve dans notre code nous ne voyons qu'il soit fait mention de la nature de l'instance.

En France, où l'on a des tribunaux distincts, il nous semble que la question pourrait être vivement débattue. Mais le principe contraire paraît généralement admis.

Ainsi Lyon-Caen et Renault, nous disent :

" L'application des règles de preuve spéciales au droit " commercial, est absolument indépendante de la nature de " la juridiction saisie. On peut dire que généralement, en " toutes matières, la juridiction saisie n'a pas d'influence sur " les moyens de preuve admissibles. Peu importe que ce soit " un tribunal civil, si l'on est en matières commerciales. La

nature des preuves admissibles dépend, en principe, non de la qualité des parties, mais de la nature des actes ou des faits à prouver. " [1]

Massé dit la même chose :

" Il est du reste à remarquer que l'admissibilité de la preuve testimoniale dépend de la nature de l'affaire et non de la juridiction devant laquelle l'action est pendante. Si donc, de sa nature, la convention ne peut être prouvée que par écrit, elle ne devient pas susceptible de la preuve testimoniale, par cela seul, qu'à raison de sa qualité, le défendeur se trouve soumis à la juridiction commerciale... etc. " [2]

Dans une cause civile, s'il s'agit de prouver un fait commercial, on permettra la preuve par témoin, tandis que dans une cause commerciale, s'il s'agit de prouver un fait non commercial, il est bien évident que la preuve par témoins sera inadmissible au-dessus de $50.00, à moins que la partie ne soit dans le cas d'une des exceptions de l'article 1233.

Jacques poursuit Pierre en paiement de marchandises vendues. Pierre oppose en compensation une obligation civile, par exemple un prêt d'argent fait à Jacques avant que ce dernier ne fût commerçant. Jacques répond en plaidant paiement. Voilà une cause évidemment commerciale quant aux choses vendues, mais évidemment civile quant au prêt d'argent. On ne prétendra pas que Jacques pourrait faire preuve de sa libération par témoin : non, chaque fait, ou plutôt chaque affaire, devra être prouvée selon sa nature.

Et, si Pierre, dans l'espèce proposée, au lieu d'opposer la compensation, nie la dette et se porte demandeur-incident en recouvrement du prêt d'argent dont nous avons parlé, il ne pourra pas davantage faire preuve.

Il est évident que, dans l'espèce que nous examinons, les faits allégués comme justifiant la condamnation à une somme de deniers constituaient une vente commerciale, de mêmc qu'il n'y a aucun doute que les faits invoqués en faveur du maintien du capias étaient le recel.

[1] Vol. 3, n. 87 ; et n. 79.

[2] vol. 4, n. 2546.

Il nous semble donc qu'il y avait dans cette cause deux sortes de faits à prouver, deux affaires bien distinctes.

Sous la juridiction consulaire, comme sous le droit moderne français, le délit des commerçants n'est pas considéré comme un acte de commerce.

Nous avons déjà cité l'Ordonnance de 1563 établissant la juridiction des Juges-consuls pour faits de marchandises seulement ; inutile d'insister davantage. Nous renvoyons cependant nos lecteurs au Répertoire de Merlin, Verbo : Juges Consuls §2, No 3, où le savant auteur rapporte des décisions en ce sens, sous l'ancien droit. [1]

Sous le droit moderne français, le code de commerce déclarant de la compétence du tribunal de commerce " toutes obligations entre commerçants," les auteurs n'en suivent pas moins l'ancien droit.

Voici ce que disent les auteurs modernes :

Alauzet—" Nous n'avons point à nous occuper des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi ; ils n'ont rien de commercial. Parmi ceux qui résultent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, tous ceux qui naissent d'un délit sont entièrement étrangers aux matières commerciales, alors même que le délit est commis par un négociant contre un négociant ; cette circonstance ne modifie en rien ni la nature du fait ni l'action accordée à la partie lésée, [2] etc., etc."

Bioche—" Les obligations naissant des délits ou quasi-délits, lors même que l'action est intentée par un commerçant contre un autre commerçant ne constituent pas des actes de commerce.

" Lors même que le délit ou quasi-délit a porté sur des marchandises à livrer. Cass. 13, Vend., an 13, S. 5, 2, 27 ; Pardessus, n. 53." [3]

Pardessus—" Un délit ou un quasi-délit commis par un

---

[1] Alauzet s'appuie sur Merlin, vol. 1, no 69, p. 124.

[2] Vol. I, No. 69, p. 124.

[3] Dict. de Procéd. No. 268, vo : Acte de commerce.

commerçant, même à l'égard d'un autre, ne rendrait pas commerciales les condamnations qui en seraient le résultat. " [1]

Boistel—"Sur cette question des délits ou quasi-délits commerciaux la jurisprudence a longtemps admis une formule beaucoup trop large. Suivant de nombreux arrêts, un délit serait commercial par cela seul qu'il aurait été commis par un commerçant *à l'occasion de faits de commerce.* Pour nous, nous exigerions que le fait ait causé du dommage au commerce de la victime (l'auteur cite auparavant comme exemple l'usurpation de nom ou d'enseigne), et que le dommage soit le résultat d'un acte de commerce de l'auteur du délit ; imitant la formule de la loi Aquilia en droit romain, nous dirions qu'il faut qu'il y ait *Damnum datum mercatura et mercaturæ.* A ces conditions seulement, on pourra dire que la faute a le caractère commercial. " [2]

Ce n'est pas la demande qui déterminera la preuve ce sont les allégations. Citous ici comme exemple ce que Lyon-Caen et Renault nous enseignent sur la preuve requise en France en matière criminelle :

" Il est de jurisprudence que, lorsqu'un délit supose un contrat préalable, ce contrat ne peut être prouvé que d'après les règles du droit civil. Ainsi, dans le cas de prévention d'abus de confiance, le mandat ou le dépôt dont la violation constitue le délit ne peut être prouvé ni par témoins ni par présomptions de l'homme, lorsque l'intérêt litigieux dépasse cent cinquante francs. Cela ne s'applique point si le maudat ou le dépôt est un acte de commerce ; la preuve du contrat peut alors être faite devant la juridiction de répression par tous les moyens, quelle que soit l'importance de ce contrat." [3]

Dans l'espèce que nous examinons, le délit reproché au défendeur était un transport frauduleux fait à son fils des

---

1 Vol. I, Droit commercial, No. 53.

2 Précis de droit comm. n. 50 ; D. P. 82, 2, 24 ; En ce sens Lyon-Caen et Renault vol, I, p. 158 et S.

3 vol. 3, No 49 ;

billets qu'il avait retirés de la vente de son fonds de commerce ; ce transport n'avait rien de commercial et il ne puisait pas sa source dans les rapports commerciaux de Davidson et Garceau.

En résumé, il nous semble bien établi que chaque affaire doit être prouvée d'après les règles propres à sa nature, et que l'on doit toujours se demander, même dans une cause commerciale, si un fait n'est pas civil avant d'admettre une partie à témoigner en sa faveur. En admettant la théorie contraire, on serait forcé de dire que si une partie, dans une cause principalement civile, est obligée de rapporter la preuve d'une obligation commerciale pour un montant excédant $50.00, elle sera obligée de produire un écrit, proposition insoutenable.

Nous considérons cette solution comme la plus certaine. S'il y avait doute sur la nature de l'acte à prouver nous croyons avoir établi qu'il faut conclure à sa non-commercialité.

Nous avouons volontiers que la question est nouvelle et controversable. Ce sont les raisons qui nous ont porté à la signaler aux lecteurs de la REVUE LÉGALE.

PHILIPPE DEMERS

DEUIL DE LA VEUVE

Le droit de la veuve à ses frais de deuil tire son origine de la règle traditionnelle, en droit français, qui obligeait la veuve de rester en véduité pendant un an. Il paraissait juste, dit Lebrun, (*Com. p.*, 222) qu'on lui fournit les vêtements lugubres qui l'avertissaient des devoirs de son état. Le mari n'a pas droit à ses frais de deuil, parce que, dit Laurent, (*vol.* 22, *p.* 451,) le mari n'était pas tenu d'observer l'année de véduité que l'on imposait à la femme, dès lors il ne pouvait réclamer le deuil contre les héritiers de la femme.

DES PERSONNES CAPABLES D'HYPOTHEQUER

SOMMAIRE :

1—Capacité requise pour hypothéquer.

2—Personnes capables d'hypothéquer.

3—Modifications de la propriété du débiteur par la loi ou la convention.

4—Par suite d'erreur, de violence, de crainte ou de lésion.

5—Par suite de fraude du débiteur.

6—Enseignement de Capmas.

7—Arrêt et jugement à ce sujet.

8—*Quid* de l'hypothèque par un débiteur insolvable notoire ?

9—*Quid* de l'hypothèque enregistrée dans les 30 jours de la faillite ?

10—L'hypothèque par le grevé de substitution n'est pas valable vis-à-vis de l'appelé.

11—L'hypothèque par le donataire dont le titre est révoqué pour ingratitude est valable.

12—De l'hypothèque par l'héritier qui se fait relever de son acceptation ?

13—L'hypothèque par l'héritier apparent n'est pas valable.

14—Un héritier légal pourrait consentir une hypothèque valable vis-à-vis de l'héritier testamentaire qui aurait négligé de faire enregistrer, dans les délais, le testament de son auteur.

15—Le retrait successoral annule l'hypothèque par l'acheteur de la part d'un cohéritier.

16—La rescision de partage a le même effet.
17—De l'hypothèque par un cohéritier ?
18—Par un coassocié ?
19—Le rapport à su ion n'annule pas les hypothèques constituées par le rapportant.
20—Quels sont les actes qui équipollent à partage ?
21—Conditions affectant le droit de propriété d'un immeuble.
22—Leur définition.
23—Leur effet.
24—*Quid* de l'effet de la clause résolutoire pour non-paiement sur les hypothèques consenties par le vendeur ?
25—*Quid* de la clause de réméré ?
26—Opinions des auteurs au sujet des hypothèques sur les immeubles détenus sous conditions.
27—De l'effet du pacte commissoire sur les hypothèques.
28—Quel est l'effet du non-enregistrement du titre d'acquisition sur les hypothèques consenties par l'acquéreur ?
29—Diversité d'opinions à ce sujet.
30—Observations de l'auteur.
31—Hypothèques consenties par celui qui n'a pas un titre suffisant de propriété.
32—*Quid* du droit du colon ?
33—Peines du droit criminel contre celui qui consent une hypothèque sans titre de propriété. *Stellionat.*
34—Hypothèque sur l'immeuble d'autrui.
35—Du droit du mari à hypothèquer les immeubles de la communauté.
36—*Quid* des immeubles appartenant en propres à sa femme ?
37—*Quid* du droit d'hypothéquer du chef de la continuation de communauté.
38—Du droit des fabriques à hypothéquer leurs immeubles .
39—Remarques sur les formalités à suivre pour hypothéquer les immeubles des fabriques.

1—L'article 984 mentionne d'abord, comme nécessaire à la validité d'un contrat, le concours de personnes ayant la capacité légale de contracter. Cette capacité doit correspondre à l'obligation qui résultera du contrat.

L'affectation hypothécaire comporte aliénation éventuelle ; l'hypothèque requiert donc la capacité d'aliéner : *Causæ respondet effectus.* L'article 2037 dit d'ailleurs que "Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ; sauf les dispositions relatives aux fabriques."

L'article 2038 ajoute que " Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

L'article 2021 avait déjà déclaré que "L'hypothèque sur une portion indivise d'un immeuble ne subsiste qu'en autant que, par le partage, ou autre acte qui en tienne lieu, le débiteur demeure propriétaire de quelque partie de cet immeuble sauf les dispositions contenues en l'article 731."

Puis l'article 2043 dit enfin que " L'hypothèque consentie par un débiteur sur un immeuble, dont il est en possession comme propriétaire, mais dont il n'a pas un titre suffisant, a son effet, à compter de la date de son enregistrement, si le débiteur y obtient ensuite un titre parfait ; sauf néanmoins les droits des tiers."

" La même règle s'applique aux jugements rendus contre un débiteur, dans les mêmes circonstances."

Ces quatre articles ne touchent qu'aux modifications ou restrictions, que la loi ou la convention peuvent apporter à la plénitude du droit de propriété même, qu'un débiteur peut hypothèquer. L'article 984 pose, en effet, comme règle générale, qu'il faut avoir l'exercice de ses droits pour contracter, et l'article 985 ajoute que toute personne est capable si elle n'est pas expressément déclarée incapable par la loi.

Pour hypothéquer valablement, il faut être capable de contracter et pouvoir aliéner l'immeuble que l'on hypothèque.

Nous traiterons plus loin des personnes incapables d'hypothéquer, pour cause d'incapacité soit à contracter ou à aliéner.

2—Les personnes capables d'hypothéquer sont donc toutes celles qui n'en sont pas expressément declarées incapables par la loi ou le titre d'acquisition.

L'hypothèque qu'elles consentent est la plus sûre garantie désirable.

3—Mais cette garantie de premier ordre est souvent impossible à obtenir, à cause des restrictions que la loi ou la stipulation imposent à la propriété du débiteur.

La propriété du débiteur est parfois sujette à rescision ou à suspension, ou à résolution par suite de condition.

4—C'est ainsi que le détenteur d'un immeuble par erreur, violence, crainte ou lésion, ne pourra donner qu'une hypothèque annulable, à la demande de la partie spoliée.

Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.

5—Faut-il soumettre au même sort, l'hypothèque consentie par un détenteur, dont le titre est annulé pour fraude ?

Il faut distinguer.

Si l'annulation du titre du débiteur n'est prononcée que pour insolvabilité du vendeur, à la demande de ses créanciers, l'hypothèque est valable.

On peut donc répondre au demandeur en nullité qu'il doit porter la responsabilité de sa négligence à faire mettre à néant le titre sur lequel le créancier hypothécaire de bonne foi a prêté.

Celui-ci est peut-être coupable d'une légère imprudence ; mais le demandeur est bien plus coupable de n'avoir pas fait connaître le vice du titre.

L'article 1035 n'annulle d'ailleurs les contrats à titre onéreux, faits par un débiteur insolvable, que si son co-contractant connaît cette insolvabilité.

6—C'est aussi la doctrine enseignée par Capmas. [1*].

[1*] Révocation des actes, p. 104, n. 74, p. 106, n. 76.

Donc, dit cet auteur, si le sous-acquéreur est de bonne foi, s'il a acquis à titre onéreux, il ne peut être recherché pour l'acquisition frauduleuse de son auteur. Dans l'expression de sous-acquéreur, ajoute Capmas, nous comprenons, aussi bien ceux auxquels de simples droits réels, des démembrements de la propriété, usufruit, hypothèque, etc., ont été concédés, que le sous-acquérenr de la propriété même.

7—C'est enfin ce que dit l'arrêt de la cour d'appel, [1] qui confirme un jugement de la cour de révision [2] renversant celui de la cour supérieure [3].

8—Mais hors de ce cas, la fraude, viciant le titre du débiteur, fera également annuler l'hypothèque qu'il aura consentie.

C'est ainsi que l'article 2023 décrète que " L'hypothèque ne peut être acquise, au préjudice des créanciers actuels sur les immeubles d'une personne notoirement insolvable, ni sur ceux d'un commerçant, dans les trente jours qui précèdent sa faillite."

Il est à remarquer, que, sous cet article, les créanciers actuels seuls, et non les créanciers postérieurs, comme au cas de donation, sous l'article 806, peuvent se plaindre de l'hythèque prise en violation des dispositions de l'article 2023 ; le tiers détenteur ne peut pas l'invoquer [4].

L'article 2023, de plus, ne fait aucune distinction entre l'hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale.

Cette article ne distingue pas, comme le code de commerce français [5] entre l'hypothèque pour dette nouvelle et pour dette ancienne.

9—L'insolvabilité doit être prouvée, pour faire annuler l'hypothèque donnée par un non-commerçant ; le simple fait de la faillite du commerçant dans les trente jours fait annuler l'hypothèque qu'il a consentie, dans ce délai, croyons-nous.

6. La cour d'appel actuelle en a cependant décidé autre-

---

[1] III, Déc. de la cour d'appel, p. 329.

[2] V. L. N., 250.

[3] Juge Mathieu, 17 décembre 1881.

[4] XII, Q. L. R., 281.

[5] Boistel, Précis de droit comm., p. 721; art. 446, code de comm.

ment, jugeant que l'abandon judiciaire des biens dans ce délai, n'établit pas une présomption d'insolvabilité et de préjudice, et dispensant de toute preuve de ces deux faits au moment de la constitution de l'hypothèque par le failli. [1]

L'insolvabilité doit être notoire [2] et non douteuse. [3]

L'hypothèque doit être acquise, c'est-à-dire enregistrée, avant les trente jours de la faillite.

La bonne foi ne suppléerait pas à ce défaut de publicité.

10—D'un autre côté, l'exception, que nous venons de faire, et que nous avons appuyée, sur l'article 1035, ne peut pas être étendue à l'annulation de l'hypothèque passée, sur des immeubles qu'un grevé doit rendre à l'appelé, aux termes de l'article 949, libres de telle hypothèque.

11—Tel n'est pas cependant le sort de l'hypothèque consentie par un donataire, à qui le donateur retire les immeubles donnés, pour cause d'ingratitude.

L'article 815 maintient formellement la validité d'une pareille hypothèque.

La loi ne pourrait pas laisser au donateur dans ce cas, pas plus qu'au créancier qui aurait laissé son débiteur passer un titre sous lequel il est donné hypothèque en faveur d'un tiers de bonne foi, le droit d'annuler, par son propre fait, à son gré, l'hypothèque que le donataire aurait consentie.

12—Il en est de même des hypothèques consenties sur les immeubles d'une succession par un héritier, qui se fait relever, sous l'article 650, de l'acceptation de cette succession.

Cet héritier ne peut invoquer sa propre erreur pour se libérer de ses obligations.

13—A contrario, l'hypothèque donnée par l'héritier apparent n'est pas valable ; l'héritier apparent ne peut rien faire, règle générale, à l'encontre de l'héritier véritable.

---

[1] Trudel & Parent, Rapp. jud. de Québec, cour d'appel, t. II, p. 578.

[2] XII, L. C. J. 309 (En révision) XIX L. C. J. 100 (en appel) IV. L.N. 213 ; XI L. C. J. 300, Boistel, p. 655, no 890.

Ainsi l'enseignent Toullier [1], Grenier, [2] Lebrun [3] et Troplong [4]. La cour de cassation a néanmoins décidé le contraire [5]. Merlin distingue si l'héritier apparent est de bonne foi ou de mauvaise foi [6].

Laurent ne distingue pas ; il soutient avec raison que les aliénations immobilières par l'héritier apparent sont nulles [7].

14—Nos lois sur l'enregistrement ont pourtant créé une exception.

Ainsi le légataire, qui aurait négligé de faire enregistrer le testament qui lui conférait ses droits, ou n'aurait pas fait enregistrer les déclarations requises, ne pourrait cependant pas faire annuler l'hypothèque, consentie par un héritier légal qui aurait fait enregistrer dans les délàis la déclaration de décès voulue et l'hypothèque. Les articles 2098, 2110, 2111 et 2112 protègent le créancier hypothécaire, en pareil cas.

Nos lois sur l'enregistrement nous aident à trancher la question fort débattue, en France, tant sous l'ancien droit que sous le code français, de savoir si les aliénations immobilières par l'héritier apparent sont valables à l'encontre des tiers acquéreurs. Notre code, contrairement au code français, pour assurer une publicité complète des droits réels, a décrété l'obligation de faire enregistrer sous peine de déchéance vis-à-vis des tiers acquéreurs subséquents, les titres translatifs de propriété comme ceux qui ont seulement pour objet de la grever.

L'héritier légal pourra-t-il également consentir une hypothèque valable dans l'espèce suivante : des conjoints stipulent en leur contrat de mariage, don mutuel d'usufruit de tous les biens meubles et immeubles de la commuauté, en faveur

---

1 T. II, 2, p. 183, no 287.
2 Hyp. t. 1, p. 101, no 51.
3 Liv. III, c. 4, n, 7.
4 Priv. d'hyp. n. 468.
5 Dalloz, vo. Succ., 16 janvier 1843.
6 Quest. de droit, v. Hérit. § 3, vo. Succ., sec. 1, § 5.
7 Droit civil, t. I, x, p. 645, n. 564.

du survivant ; à la mort d'un des conjoints, son héritier fait enregistrer la déclaration de décès requise et hypothèque la part du conjoint décédé, dans les divers immeubles acquis durant le mariage, sous le régime de la communauté. Cet héritier n'est pas en possession de ces immeubles et le survivant ne fait pas enregistrer son contrat de mariage, dans le délai requis pour l'enregistrement des testaments. L'hypothèque de l'héritier légal du conjoint décédé est-elle valable au préjudice de l'usufruit du survivant ?

Cette stipulation n'est pas une donation ; elle n'était pas sujette à enregistrement sous l'ancien droit ; elle n'avait pas besoin d'être insinuée ; l'article 1411 déclare qu'elle n'est pas soumise aux formalités et aux règles de la donation.

La cour d'appel a arrêté que le don mutuel n'est pas sujet à enregistrement.

L'héritier légal du conjoint décédé n'est-il pas qu'un héritier apparent ? N'est-ce pas le survivant qui est l'héritier véritable ? Evidemment oui.

Mais le survivant peut-il faire annuler cette hypothèque en autant qu'elle affecte son usufruit ? Nous ne le croyons pas.

Si le don mutuel à l'encontre des donations, même entre époux, n'est pas sujet à l'enregistrement, comme ces dernières, il ne s'ensuit pas que ce don tenant de la nature du testament, soit exempt, de l'enregistrement nécessaire à cet acte de dernière volonté, pour le rendre valable, à l'encontre de ceux qui acquièrent des droits particuliers de l'héritier légal non possesseur des immeubles de la succession.

Que serait-ce à dire si la stipulation du contrat de mariage avait comporté donation mutuelle des immeubles de la communauté et que le survivant eût négligé de faire enregistrer le contrat de mariage ? Pareille stipulation, qui est permise sous l'article 819, serait nulle d'après l'article 807, par défaut d'enregistrement selon les articles 806 et 807. L'hypothèque par l'héritier du prémourant serait en conséquence valable.

Serait-elle valable l'hypothèque consentie par le colégataire d'un absent, sur tout l'immeuble dévolu à ce colégataire et à cet absent, tout comme si ce dernier n'existait pas ?

Ainsi Joseph meurt et laisse Pierre et Charles, ses fils, pour ses légataires. Charles est absent, Pierre fait enregistrer la déclaration de décès de leur père et s'y déclare seul héritier. Il cache le testament. L'hypothèque consentie par Pierre est-elle valable ? Oui, répondons-nous.

C'est bien là pourtant un cas d'hérédité apparente.

L'hypothèque serait-elle également valable, si Pierre et Charles n'avaient été que des héritiers légaux et que Pierre seul eût fait enregistrer une déclaration de décès de leur père et s'y fût porté seul héritier ? La même réponse affirmative devrait être donnée. L'héritier légal, dans ces cas, consent une hypothèque valable vis-à-vis des tiers. Il en serait de même de l'hypothèque consentie par un légataire en vertu d'un testament révoqué mais enregistré dans le délai voulu pour l'enregistrement du testament valable, lequel n'aurait été rendu public qu'après l'enregistrement de l'hypothèque. L'héritier apparent doit néanmoins faire enregistrer le titre de transmission de propriété avant d'aliéner ou d'hypothéquer.

En l'absence de l'enregistrement des déclarations requises dans l'intérêt des tiers pour la transmission des immeubles par succession, l'héritier apparent qui peut bien recevoir valablement le paiement d'une créance de l'héritier véritable, ne peut aucunement faire d'aliénation immobilière ni consentir une hypothèque valablement.

En résumé, c'est le défaut de l'héritier véritable de rendre public son titre d'acquisition dans les délais, qui autorise le tiers acquéreur à considérer l'héritier apparent, qui s'est soumis aux lois d'enregistrement, comme propriétaire capable d'aliéner ou d'hypothéquer valablement. Aucun délai n'est ainsi fixé en droit français pour l'enregistrement des testaments. D'où il suit que le code français ne doit pas être le seul guide en cette matière et que sous notre droit, l'héritier apparent ne doit pas nécessairement être possesseur de l'immeuble de l'héritier véritable pour l'hypothéquer valablement, si d'ailleurs il a rendu public son titre apparent de transmission de propriété, dans les délais, et que l'héritier véritable n'ait pas fait enregistrer le sien.

Observons que la possession de l'immeuble de l'héritier véritable par l'héritier apparent ne contribuera pas peu néanmoins à faire présumer la bonne foi chez le tiers acquéreur.

15—Le retrait successoral, que n'admettait pas la coutume de Paris, mais que règle l'article 841 du code français, et l'article 710 de notre droit, a pour effet d'annuler l'hypothèque consentie par l'acheteur des droits du cohéritier dans les immeubles indivis.

Est ainsi annulée l'hypothèque par un donataire sur un immeuble qu'il avait acquis par contrat de mariage de son ascendant, ou de ses autres parents, ou même d'un étranger, si ce donataire meurt sans enfant avant le donateur.

La donation est caduque, sous l'article 829 ; le donateur reprend son immeuble libre d'hypothèque.

16—La rescision de partage, qui a lieu sous l'article 751, pour pour les causes communes aux contrats, amène, avec elle, l'extinction des hypothèques consenties, sur des immeubles attribués par le partage.

17—L'article 2021 prononce d'ailleurs l'annulation des hypothèques consenties, sur un immeuble indivis, et dont aucune partie ne reste au débiteur, après le partage de la succession [1].

18—Il en serait ainsi de l'hypothèque donnée par un coassocié, sur sa part dans un immeuble appartenant à une société dissoute, [2] mais avant le partage.

Un associé, d'ailleurs, sans le consentement de ses coassociés ; un gérant, dans le consentement de ses co-gérants et des associés en commandite, et le membre d'une société anonyme, sans l'autorisation des associés apparents et en participation ne peuvent jamais hypothéquer les immeubles de la société.

19—La règle posée, par l'article 2021, ne s'applique pas aux

---

[1] VI, R. L., p. 561.

[2] Massé & Verger, t. 5 Parag. 788, note 6, p. 127 ; Pont, no. 401 Cassation, 8 Février 1847 ; Sirey, 48, 1, 43.

hypothèques consenties sur un immeuble qui, par suite d'assujettissement à rapport, peut passer en d'autres mains, lors du partage de la succession de celui qui l'a donné au débiteur hypothécaire.

L'incertitude et le peu d'usage du rapport ont amené le législateur à faire cette exception à la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Dans l'ancien droit, le rapport réalisait les hypothèques. C'était aux créanciers hypothécaires à intervenir au partage, pour se protéger dans le cas de fraude.

20—Quels sont donc les actes qui tiennent lieu de partage et dont parle l'article 2021. C'est la licitation [1*] ou mise à prix de l'immeuble indivis ; c'est encore la vente de tous les droits d'un héritier à son cohéritier ; c'est la transaction qui peut intervenir au sujet des droits d'un héritier entre lui et ses cohéritiers ; l'article 747 déclare que ces actes équivalent à partage.

Les codificateurs disent d'ailleurs que tout acte qui fait cesser l'indivision entre cohéritiers est réputé partage.

Cet acte, va sans dire, doit amener la division définitive de toute la succession pour équipoller à partage.

Mais le partage qui annule l'hypothèque consentie par le copartageant sur un immeuble, ne peut jamais être la vente particulière de cette part à son cohéritier ; ainsi l'a décidé la cour de révision [2*]. Cette vente en particulier n'équivaut pas au partage qui résout ces hypothèques consenties par un copartageant. Il faut pour produire l'extinction de telles hypothèques que l'apportionnement des lots au partage, ne soit pas le résultat de l'acte volontaire du débiteur copartageant, mais bien des autres copartageants comme de lui-même.

Le tirage au sort, réglé par l'article 705, n'est-il pas le seul mode permis pour amener la révocation des hypothèques consenties par un copartageant. Nous ne le

---

[1*] Pothier, Buguet, t. III, p. 255.

[2*] Varin vs Guérin, III Rap. jud. de Québec, p. 30.

croyons pas. Car la condition résolutoire du partage ne doit pas être nécessairement casuelle ; elle peut être mixte, comme celle qui résout, sous l'article 2021, les hypothèques consenties par un cohéritier sur son immeuble indivis. Le partage qui résout les hypothèques aux termes de cet article, est en effet tout acte qui met fin à l'indivision entre les cohéritiers.

L'article 2021 ne fait aucune distinction comme cause résolutoire des hypothèques entre le partage proprement dit et l'acte qui en tient lieu. C'est au créancier hypothécaire à attaquer le partage, pour les causes de rescision des contrats. L'article 751 lui reconnaît ce droit.

21—La loi permet encore de consentir des hypothèques sur des immeubles dont la propriété est conditionnelle.

C'est une nécessité.

Il est grand le nombre de ceux qui n'ont qu'une propriété conditionnelle dans leurs immeubles.

Les conditions que l'on peut insérer dans les contrats, sont de deux sortes : les unes, suspensives ; les autres, résolutoires.

Mais chacune de ces conditions peut être casuelle, potestative ou mixte.

22—Bufnoir [1] enseigne que la condition, considérée comme modalité dans les actes juridiques, est un événement futur et incertain, auquel la volonté des parties soumet la formation ou l'extinction du rapport de droit.

La condition est potestative, quand elle consiste dans un fait volontaire que l'on doit accomplir, ou dont on doit s'abstenir : *si centum Titio dederis aut non dederis*. La condition est casuelle, quand elle consiste dans l'arrivée d'un événement indépendant de la volonté : *Si navis ex Asia venerit aut non venerit* La condition potestative de la part d'un tiers doit toujours, à l'égard des parties, être considérée comme une contidion casuelle, car c'est un événement indépendant de leur volonté.

Quand la condition dépend de la volonté entre l'une des

---

[1] Théorie de la condition, 1.

parties et un tiers, on l'appelle condition mixte : *Si Seiam uxorem duxeris.*

Tels sont les exemples des diverses conditions que nous donne le code de Justiuien ; Loiseau [1] Voet [2] et Bartole [3] en sont les meilleurs commentateurs.

23—L'article 1085, dit d'ailleurs que la condition accomplie rétroagit au jour auquel l'obligation a été contractée.

Règle générale, la condition est suspensive pour l'une et résolutoire pour l'autre des parties ; d'où il suit, comme on le verra plus loin, qu'un vendeur a réméré, aussi bien que son acheteur, peut hypothéquer l'immeuble vendu, sous faculté de retrait.

Les conditions sont surtout en usage dans les donations et testaments.

L'article 824 permet la stipulation en un contrat de mariage que la donation d'un immeuble que l'on y fait sera sujette à suspension, à révocation, à réduction, à reprises ou à réserves. Le donataire ne peut hypothéquer l'immeuble en ce cas que sujet à ces conditions et restrictions.

La vente n'en connaît que deux, à proprement parler : la faculté de réméré et la résolution pour défaut de paiement du prix.

24—L'article 1547 assure au vendeur à réméré la reprise de son immeuble libre des hypothèques dont l'acheteur a pu le grever.

25—L'article 1537 garantit le même privilège au vendeur sous condition résolutoire pour défaut de paiement du prix.

Est-ce à dire que le vendeur, dans ces cas, ne puisse pas hypothéquer l'immeuble qu'il a vendu, sous condition résolutoire ?

Nous ne le croyons pas.

L'article 1085, en faisant rétroagir l'avénement de la

---

[1] Déguerp. liv. VI, c. 3, n. 6.
[2] Liv. XX, tit. 6, n. 9.
[3] L. 2, c. De Restind, vend.

condition, au jour du contrat, permet au vendeur d'hypothéquer son immeuble, sous cette condition.

La condition se réalisant, le vendeur est censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire.

Nos cours ont formellement reconnu au vendeur à réméré le droit d'hypothéquer l'immeuble qu'il avait vendu, sous cette condition.[1] Le même droit a été reconnu au grevé. [2] Il faut reconnaître le droit d'un appelé de grever l'immeuble qui lui a été légué ou donné, sous la condition qu'il puisse le recueillir du grevé; tout comme ce dernier peut l'hypothéquer, sous la condition que l'appelé ne puisse pas le recueillir.

L'hypothèque, en ces cas, comme dans d'autres, où des conditions à la propriété d'un immeuble sont imposées par testament ou donation, suit l'avènement ou la non-réalisation de la condition pour le bénéfice de l'un ou de l'autre des intéressés.

26—Grenier [3] soutient qu'il n'est pas permis de consentir ces hypothèques conditionnelles. Merlin, qui avait enseigné la même doctrine, est revenu à l'opinion contraire.

La plupart des auteurs, comme le constate Dalloz, suivent cette dernière opinion.

Laurent [4] la soutient de nombre d'arguments irrésistibles.

27—Le contrat de nantissement peut donner lieu à une propriété, soumise à une condition suspensive pour une partie et résolutoire pour l'autre : c'est quand le nantissement contient un pacte commissoire.

Ce pacte, d'abord reconnu en droit romain, puis défendu par Constantin et la coutume de Paris, est aujourd'hui admis par le code français et notre article 1971.

Le nantissement des immeubles, comme le gage des meubles, peut contenir stipulation qu'à défaut de paiement, le créancier pourra garder les immeubles.

---

[1] Hainault vs Chapdelaine, 32, L. C. J., 84.
[2] Kingston vs Franklin, XIX, R. L., 124.
[3] Tome 1, p. 324.
30, n. 478.

Le créancier et le débiteur peuvent grever d'hypothèque les immeubles donnés en nantissement ; le premier sous condition résolutoire ; le second sous condition suspensive.

Notre droit sur l'enregistrement, au dire de plusieurs juges, établit une condition suspensive à l'exercice de la propriété de celui qui a négligé de faire enregistrer l'acte d'acquisition de son immeuble ; jusqu'à ce que l'enregistrement du droit de l'acquéreur ait lieu, dit l'article 2098, l'enregistrement de toute hypothèque consentie par lui est sans effet.

Par acquéreur il faut entendre celui qui acquiert à titre particulier comme celui qui acquiert à titre universel ; l'acheteur l'échangiste, comme le donataire, le légataire et l'héritier à titre universel, l'adjudicataire en justice, comme l'acquéreur par titre extrajudiciaire.

Car, observons, en passant, que la vente en justice est censée faite par le débiteur. La saisie immobilière, comme la poursuite hypothécaire, suspend le droit d'aliénation du débiteur, à la vértté, mais elle n'empêche pas que le titre translatif, consenti avant la saisie, mais enregistré entre la saisie et l'enregistrement de l'acte d'adjudication, ne vaille, s'il n'y a fraude, vis-à-vis du saisissant et de l'adjudicataire. Dès avant la saisie l'immeuble, quant aux parties et à leurs ayants-cause, était sorti du patrimoine du débiteur.

Reste à savoir s'il serait opportun de rendre publique la saisie et la poursuite hypothécaire par l'enregistrement d'un avis, à peu près semblable à l'avis de lis pendens, reconnu par le droit de l'état de New-York. On a toujours considéré que c'était assez facile sous notre droit de s'assurer de l'existence d'une saisie ou d'une action hypothécaire contre celui qui aliène.

Tout titre translatif de propriété doit être enregistré, dit l'article 2098, à son premier paragraphe ; cet article, à son dernier paragraphe, suspend pour l'acquéreur l'exercice de son droit de propriété jusqu'à l'enregistrement de son titre.

C'est là une exception à la règle générale de l'article 2083, qui décrète que tout droit réel soumis à enregistrement prend effet, à compter de tel enregistrement, à l'encontre des droits des autres créanciers qui n'ont pas été enregistrés.

En rapprochant l'article 2098 de l'article 2100 on trouve une divergence notable dans notre jurisprudence.

28—Deux opinions se sont formées pour l'interprétation des dispositions de ces articles.

L'une veut faire passer le privilège du vendeur, qui a négligé de faire enregistrer son acte de vente dans les trente jours, avant l'hypothèque consentie par son acheteur en faveur d'un tiers qui a fait enregistrer son droit avant le vendeur.

L'enregistrement du privilège le fait rétroagir à son rang.

L'autre opinion soutient que ce privilège, en n'étant pas enregistré dans le délai voulu par la loi, perd sa nature de privilège pour ne devenir qu'une hypothèque, prenant désormais rang, non par sa nature mais par son enregistrement.

L'article 2113 du code français qui prononce, à défaut d'enregistrement, cette conversion du privilège en hypothèque, est bien la source de notre article 2094.

Les sections 26 et 29 du chapitre 37 des statuts refondus du Bas-Canada, sources de ce même article 2094 décrètent d'ailleurs, à l'instar du droit français, à défaut d'enregistrement, la conversion du privilège en hypothèque ; car le paragraphe 4 de la section 27 du chapitre 37 dit que les privilèges, pour conserver leur priorité d'hypothèque, doivent être enregistrés.

Ainsi argumentant les disciples de la seconde opinion.

Les deux opinions, dont nous parlions, ont leurs adeptes chez les magistrats et les avocats.

Les jugements, donnant l'une ou l'autre de ces interprétations aux articles 2098 et 2100, sont trop nombreux pour que nous songions à les analyser.

Nous nous contenterons de citer deux des causes, jugées en révision et qui contiennent la discussion de ces deux opinions contraires, et d'indiquer la cause où la cour d'appel a été appelée formellement à donner son opinion sur cette importante matière.

Par le premier jugement rendu, [1] à Québec, le privilège du vendeur, non enregistré dans les délais, devient une hypothèque ; par le second rendu, [2] à Montréal, ce privilège conserve sa nature de droit réel même sans publicité, à l'égard des tiers, et doit par son enregistrement primer l'hypothèque, qui a été enregistré auparavant, par l'acquéreur.

" L'effet de l'enregistrement du titre de l'acquéreur, fait avant celui du titre de son auteur, n'est que suspendu ; l'enregistrement subséquent de ce dernier titre donne à celui de l'acquéreur son plein et entier effet, même à l'encontre des droits de l'auteur, dont le titre n'a été enregistré que plus de trente jours après sa date," dit la cour de révision de Québec, dans la cause de Sylvain vs Labbé. " Where a deed of sale of real property ; creating a bailleur de fonds right for the balance of the price, is not registered until after thirty days from the sale and a hypothec on the property, granted by the purchaser in the interval between the sale and the registration of it, is immediately registered, the claim of the vendor ranks that of the hypothecary creditor," décide au contraire la cour de révision de Montréal, dans la cause de Roch contre Thouin et Archambault.

La cour d'appel [3] vient de trancher la question, dans cette dernière cause, en confirmant le jugement de la cour de révision.

29—Pour comprendre les raisons de cet arrêt, fixant la jurisprudence, qui avait tantôt décidé en faveur du vendeur, tantôt en faveur du créancier hypothécaire, il faut rechercher l'objet et l'effet de la loi hypothécaire.

Cette loi, on le sait, sort du droit commun ; elle impose aux obligations des nullités que n'avait pas connues l'ancien droit et que ne connaît pas le droit commun.

---

[1] **Sylvain vs. Labbé ; Rapp. Jd. de Québec, Vol. 11, p. 486.**

[2] **Roch vs. Thouin et Archambault, Rapp. jud. de Québec, en appel, Vol. 111, p. 141**

[3] **Rapp. jud. de Québec, cour d'appel, t. III, p. 389.**

La clandestinité des transactions immobilières était, sous a coutume de Paris, une source d'amoindrissement du crédit foncier.

L'acquéreur ne pouvait pas connître la valeur de ce qui lui était vendu; le créancier hypothécaire, la valeur de ce qui lui était donné en garantie.

La vendeur, comme l'acheteur ; le créancier hypothécaire, comme le débiteur, souffraient donc de leur ignorance des charges des immeubles.

Pour faire disparaître un état de chose aussi désavantageux à une société civile, comme le nôtre, nos législateurs établirent le système d'enregistrement, que nous avons étudié dans notre Avant-Propos, et qui demande à être traité dans un volume distinct.

L'enregistrement doit avoir lieu pour presque tous les contrats et actes relatifs aux immeubles. La loi d'enregistrement est de sa nature une loi d'exception.

Nous dirons de suite cependant pour l'explication de l'arrêt rendu dans la cause d'Archambault et Thouin, quels sont les effets de la loi hypothécaire sur les contrats.

C'est l'article 1023 qui dit en principe général que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; qu'ils n'en ont point quant aux tiers.

L'article 2089 ajoute, à son tour, que la préférence résultant de la priorité d'enregistrement du titre d'acquisition d'un héritage n'existe qu'entre acquéreurs qui tiennent leur titre respectif du même auteur.

L'article 2089 en se servant des mots "acquéreur" et "acquisition" veut faire entendre, sans doute, que la loi d'enregistrement n'a jamais d'effet, qu'entre les tiers acquéreurs d'un même auteur de tout démembrement de la propriété d'un même immeuble.

L'enregistrement ne crée pas le droit, mais peut bien le conserver ou mieux lui donner effet vis-à-vis des tiers acquéreurs d'un même auteur.

L'enregistrement ne peut suppléer au défaut de droit de propriété ou de capacité à aliéner d'un débiteur qui hypo-

thèque ou vend son immeuble. Un semblable oubli des règles de la justice ne peut exister que sous le système d'enregistrement Torrens.

La loi d'enregistrement a été établie pour la protection des tiers l'un vis-à-vis de l'autre ; mais non des tiers vis-à-vis de leur auteur.

Entre l'auteur et chacun des tiers, pas n'est besoin d'enregistrement, comme nous l'avons dit.

D'où il suit, que, sous la loi hypothécaire, les tiers sont tous les acquéreurs à titre particulier d'un droit réel des mains d'un même auteur.

L'on comprend que lorsque j'achète la propriété de Paul ou que je lui hypothèque mon héritage, il n'est pas besoin, quant à nous, de faire avertir le public par enregistrement, que Paul m'a consenti cette vente ou que je lui ai consenti cette hypothèque.

Paul et moi savons à quoi nous en tenir : nous avons signé ensemble chez le notaire.

Mais il importe beaucoup à Pierre, à qui je veux hypothéquer ce même héritage de savoir que je l'ai déjà grevé en faveur de Paul.

Pierre est un tiers ; il faut le protéger ; et la loi le protège en déclarant inexistant, pour lui, l'acte d'hypothèque que j'ai consenti à Paul et qui n'a pas été enregistré.

Il importe que Charles qui doit me vendre un fonds de commerce valant dix mille dollars, et que je veux installer dans mon héritage ayant la même valeur, sache que cet héritage est hypothéqué, en faveur de Louis, pour ce montant.

Charles est ici un tiers.

La loi doit protéger Charles ; et elle le fait, en disant que l'hypothèque non enregistrée est sans effet, c'est-à-dire ne crée pas même de rang à l'encontre des créanciers chirographaires.

C'est là une différence entre l'hypothèque constituée avant le code et celle qui a été établie depuis. La première qui est toujours primée par l'hypothèque enregistrée ne laisse pas

ependant de faire préférer le créancier hypothécaire, dont le titre n'est pas enregistré, au créancier chirographaire.

L'hypothèque constituée depuis le code mais non enregistrée n'a aucun effet, même vis-à-vis des créanciers chirographaires.

Cette hypothèque n'a-t-elle aucun effet entre le créancier et le débiteur ? Cette hypothèque est valable entre les parties et leurs ayants-cause universels ou à titre universel.

La loi a établi une nullité résultant du défaut d'enregistrement, que peuvent invoquer même les ayants-cause des parties, par exception dans les cas de donation, de substitution et de faillite.

Les héritiers et créanciers du donateur, sous l'article 806 ; les créanciers du substituant et du grevé, sous l'article 940 ; et les créanciers du failli, sous les articles 2090, 2091 et 2023, qui sont généralement les ayants-canse, sont des tiers sous la loi d'enregistrement.

L'acquéreur à titre particulier est toujours un tiers, sauf néanmoins dans le cas de l'article 2098, où il ne peut invoquer le défaut d'enregistrement du titre d'acquisition de son auteur.

En dehors de ces cas, la nullité relative, résultant de l'enregistrement, n'est que l'apanage des tiers ; ces derniers seuls peuvent invoquer cette nullité.

Que faut-il décider au sujet des déchéances prononcées par les articles 2098, 2100 et 2130 ?

Chacun de ces articles règle un cas particulier ; ils ne se contredisent pas, comme certains avocats le soutiennent.

Comme le disent les codificateurs, dans leur rapport supplémentaire, ils ont suggéré l'article 2098, pour assurer une publicité plus complète des droits réels.

La déclaration, portée au dernier paragraphe de l'article 2098, n'a pas été édictée contre le vendeur ; quelle raison y avait-il pour le faire ? Est-ce à lui à indiquer les aliénations qu'il a consenties ? Non. Mais il fallait néanmoins assurer la publicité des droits réels, et pour y arriver, la loi a suspendu l'effet de toutes les transactions subséquentes d'un acquéreur, qui n'a pas fait enregistrer son titre.

La difficulté se présente toujours, entre un vendeur et le créancier hypothécaire de son acheteur, qui n'a pas fait enregistrer son titre.

Personne, que nous sachions, n'a prétendu faire passer le privilége de l'auteur d'un vendeur, dont le titre n'a pas été enregistré, après celui de ce vendeur.

Mais où est pourtant la différence ?

Il y en a fort peu : l'hypothèque n'est qu'une vente potentielle.

L'article 2014 assure d'ailleurs la préférence du prix d'un premier vendeur à celui d'un deuxième vendeur du même immeuble.

Enfin que veulent dire ces mots de l'article 2098 "sans effet ?" A qui veulent-ils assurer nne protection ? N'est-ce pas au vendeur ?

N'a-t-on pas oublié dans la rédaction du dernier paragraphe de l'article 2098, après ces mots : " sans effet," ces autres mots : " contre célui qui transmet la propriété ?"

Car enfin pour le profit de qui est portée cette déchéance ? Ce n'est évidemment pas pour ceux qui ont acquis un droit d'un acquéreur, dont le titre n'a pas été enregistré

Eh bien ! il faut que ce soit alors pour le bénéfice du vendeur.

Le législateur ne prononce pas de nullité sans raison.

Disons en passant que cette nullité, prononcée par l'article 2098, s'applique non seulement aux hypothèques conventionnelles mais encore aux hypothèques judiciaires.

L'article 2098 ne fait de distinction entre aucune hypothèque.

Pourquoi faire cette distinction ? Pourquoi distinguer entre le contrat passé devaut un notaire ou sous seing privé et le contrat passé devant un juge ?

C'est à tort, soutenons-nous, qu'une cour a admis [1] la préférence d'une créance hypothécaire judiciaire contre un

---

[1] Lemesurier vs McCaw, 2 L. C. J., p. 219.

acheteur au privilège de son vendeur dont le titre n'avait pas été enregistré dans le délai.

Mais on dit : l'article 2100 déclare que le vendeur perd son privilège, s'il n'est pas enregistré dans les trente jours, à l'encontre de ceux qui ont acquis un droit réel de son acheteur.

Comme nous le disions, cet article règle un cas particulier.

C'est celui où un acheteur fait enregistrer son titre par bordereau ou inscription, conformément à l'article 2139.

Notre code, ayant parmi l'enregistrement par bordereau, qui n'exige pas de mentionner le prix, si ce n'est pas là le droit réclamé, comme dans le cas de l'acheteur qui ne réclame que la transmission de la propriété, devait accorder un délai, au vendeur, pour se protéger contre un pareil enregistrement.

Car, comment peut-on, en face de l'article 2098, acquérir un droit réel sur un immeuble, dont l'acheteur n'a pas enregistré son titre? Evidemment, ce n'est que dans le cas où ce titre a été enregistré par bordeau et sans mention du prix de vente, mais avec mention du droit seul qui intéresse l'acheteur, c'est-à-dire, la transmission de la propriété.

Mais objecte-t-on: l'article 2130 en donnant la préférence à l'antériorité du titre au cas d'un enregistrement concurrent d'un titre d'acquisition et d'un titre de créance, reconnaît par là un effet à l'hypothèque qui a pu être consentie, avant l'enregistrement du titre d'acquisition de l'acquéreur.

Mais tel n'est pas le cas qui nous occupe.

L'article 2130 suppose le cas où deux acquéreurs sont en présence: un acquéreur de la propriété proprement dite et un créancier hypothécaire.

L'article 2130 est une application de l'article 1027 qui donne la préférence entre deux acheteurs du même meuble, à celui qui en a possession ; ainsi l'article 2130 donne la préférence entre deux acheteurs du même immeuble, qui font enregistrer leur titre en même temps, à celui qui en a un titre antérieur.

L'immeuble n'était pas sujet à une possession exclusive comme le meuble ; il convenait dans le cas de vente successive

du même immeuble par le même propriétaire et que les titres étaient enregistrés en même temps, de donner la préférence au porteur du titre antérieur.

La loi suppose dans le cas de l'article 2130 que les deux titres émanent du même auteur ; tandis que dans l'espèce de l'article 2098, le t. le créance et le titre d'acquisition émanent de deux auteurs différents.

Ces articles 2098, 2100 et 2130 ne se contredisent pas.

L'article 2043 ne contredit pas non plus l'article 2098. L'article 2043 règle le cas, où celui, qui consent une hypothèque, n'a pas un titre suffisant à son immeuble, tout en ayant la possession.

L'article 2098 prévoit au contraire le cas que celui qui consent l'hyothèque a un titre suffisant.

L'article 2043, comme nous l'avons dit, crée une exception à la règle que, pour consentir une hypothèque, il faut être propriétaire.

Cette exception a été créée, comme le disent les codificateurs, pour permettre aux colons d'hypothéquer leurs immeubles, dont le gouvernement ne leur a pas donné de titre ou de lettre patente.

Ces articles, au contraire, s'harmonisent complètement pour assurer une publicité des droits réels, *émanant d'un même auteur*, une publicité, disons-nous, complète, sûre et équitable.

Ces articles, comme toutes les lois sages, ne donnent au tiers que la protection requise d'une personne d'une prudence ordinaire. On comprend que la loi ne pouvait pas laisser les tiers obligés de se fier à la déclaration d'un propriétaire affirmant qu'il n'avait pas hypothéqué son immeuble pour plus que telle ou telle somme.

Mais on ne comprendrait pas que la loi pût vouloir protéger un tiers, au détriment d'un vendeur, parcequ'il plairait à ce tiers, créancier hypothécaire, de ne pas exiger la production du titre de son débiteur.

Autant ce serait impossible pour un créancier hypothécaire de constater, sans enregistrement, si son débiteur a déjà

consenti d'autres hypothèques ; autant ce serait facile pour le créancier de constater si son débiteur a un titre acquitté en tout ou en partie.

L'enregistrement est là d'ailleurs pour lui venir en aide.

Dans le premier cas, le créancier aurait à vérifier une négation, dans le second cas, une affirmation qui est presque toujours par écrit.

Car, somme toute, la loi ne peut songer à la protection de l'imprudent et du négligent.

Lex plus favet diligentior.

Faire le contraire, c'est astreindre les diligents, qui composent toujours la majorité de la société aux caprices de la minorité.

La loi n'a jamais tel objet.

Comme nous venons de le voir, l'hypothèque doit suivre les vicissitudes de la propriété de celui qui la consent, soit que cette propriété soit rescindable pour les causes communes aux contrats, soit pour les causes de rescision particulières à chacun d'eux ou aux lois d'enregistrement.

N'y a-t-il aucun cas où l'acquéreur en vertu d'un titre sujet à quelque condition puisse consentir une hypothéque qui soit non affectée par cette condition ? Nous le croyons, c'est quand l'acquéreur, en vertu du premier paragraphe de l'article 2098, fait enregistrer son titre par bordereau mais n'y énonce pas la condition qui l'affecte et celui en faveur de qui l'avénement de la condition doit profiter néglige de faire lui-même enregistrer le titre dans le délai fixé par la loi. L'acquéreur consent en ce cas une hypothèque qui n'est pas sujette à l'avènement de la condition : le créancier hypothécaire est alors un tiers. Ainsi la clause de résolution de vente pour non-paiement du prix, comme la clause de réméré, doit être enregistrée pour valoir vis-à-vis des tiers. La clause par laquelle une substitution est constituée doit être également enregistrée tout d'abord, dans l'intérêt des tiers.

S'ensuit-il de ce que nous venons de dire qu'il faille enregistrer vis-à-vis des tiers toute condition ou cause de révocation d'un contrat translatif de propriété ? Il faut distinguer

Evidemment, les causes de révocation résultant de la loi ne sont pas sujettes à enregistrement pour valoir contre les tiers en faveur de celui qui peut les invoquer.

Ainsi le droit de révocation d'un acte pour erreur n'a pas besoin d'être enregistré à l'encontre du tiers acquéreur ou de son créancier hypothécaire. Le douaire doit néanmoins être enregistré pour valoir contre les hypothèques par le mari sur les immeubles sujets à douaire.

Il en est autrement de la condition ou réserve stipulée en un acte translatif de propriété : cette condition doit être rendue publique par enregistrement, pour valoir vis-à-vis des tiers, tout comme l'acte lui-même, dont elle est pour le moins une disposition accessoire. L'accessoire suit le principal.

Ainsi la clause de révocation, sous telle ou telle condition, du droit de propriété d'un immeuble présent donné par contrat de mariage devra être enregistrée pour valoir vis-à-vis du créancier hypothécaire du donataire.

L'enregistrement ou le défaut d'enregistrement d'une semblable clause dans une donation d'immeubles futurs par contrat de mariage seraient sans importance pour les créanciers hypothécaire du donataire. Car, sous l'article 821, il demeure libre d'aliéner à titre onéreux.

Observons en terminant cette matière que l'enregistrement par transcription, dans le délai requis, d'un titre translatif de propriété est toujours le plus sûr moyen pour celui qui aliène de conserver tous ses droits vis-à-vis des tiers, acquéreurs ou créanciers hypothécaires.

31—Dans chacun des cas que nous avons étudiés, le débiteur qui consent l'hypothèque est toujours propriétaire, bien que parfois soumis à une condition résolutoire ou suspensive de droit ou de convention.

Il nous reste à étudier l'effet de l'hypothèque consentie, sous l'article 2043, par un débiteur sur un immeuble dont il est en possession mais dont il n'a pas de titre *parfait*.

Res aliena utiliter protest obligari sub conditione si creditoris facta fuerit, dit le droit romain.

Pothier enseignait, à son tour, que, sous la coutume de

Paris, il fallait tenir que toutes les fois que l'on avait contracté devant notaire, il suffisait pour qu'un héritage fût hypothéqué, que l'on en fût devenu propriétaire, depuis que l'on avait contracté, quoique l'on ne le fût pas dans le temps.

Notre droit, qui n'admet pas l'hypothèque conventionnelle des biens futurs, comme le code français, ne va-t-il pas si loin, et ne permet-il pas l'hypothèque de l'immeuble d'autrui, à défaut de détention par le débiteur ? Il est évident que l'intérêt public commandait aux codificateurs de ne pas enlever au possesseur d'un immeuble, dont la possession fait présumer le titre, le droit de le grever, le créancier risquant que ce détenteur n'en devienne pas propriétaire. Le débiteur pour hypothéquer cet immeuble, devra-t-il donc en être toujours le détenteur ?

32—Les codificateurs citent, comme exemple, de possesseur capable d'hypothéquer sans titre parfait de propriété, le colon qui ne devient propriétaire de sa ferme, que sur paiement de son prix à la Couronne, condition requise pour l'émission des lettres patentes en sa faveur.

La cour de révision a maintenu l'hypothèque consentie par un colon, avant l'émission de la patente, dans l'espèce suivante :

Le demandeur occupait, sans titre, partie des terres non concédées de la couronne, et il fit sur icelle des améliorations considérables. Plus tard, il les céda, par donation dûment enregistrée, à un nommé Sans-Souci, sujette à une rente viagère, pour sûreté de paiement de laquelle, Sans-Suci hypothéqua l'immeuble en question. Sans-Souci obtint du gouvernement un billet d'occupation, et subséquemment il vendit au défendeur, qui avait connaissance de la donation. Le défendeur obtint ensuite, et en son propre nom des lettres patentes de la Couronne. L'action du demandeur est en déclaration d'hypothèque contre Blois. Jugement pour le demandeur. [1]

---

[1] 3, R. L., p. 454 Bélanger vs Blois

Nos statuts [1] sur la colonisation ont restreint, depuis le code, le droit des colons à l'hypothèque des fermes, qui leur sont concédées, en déclarant ces terres insaisissables et non susceptibles d'hypothèque jusqu'à l'émission des lettres patentes.

Les codificateurs disent qu'il y a d'autres cas analogues.

Ainsi nous croyons que le possesseur, qui est en voie de prescrire acquisivement la propriété d'un immeuble, pourra valablement l'hypothéquer vis-à-vis de lui et du créancier. Il en serait de même de l'acheteur d'un immeuble sous condition d'en payer partie ou totalité du prix avant d'en avoir un titre parfait.

La loi refusant à cet acheteur, comme à celui qui est en voie de prescrire, le droit de révoquer en nullité le propre titre qu'il s'est donné, ne donnera pas d'effet à une telle hypothéque, à l'encontre du véritable propriétaire et des droits que celui-ci aura pu consentir sur l'immeuble.

C'est ce que l'article 2043 décrète en sauvegardant les droits acquis sur cet immeuble, à l'encontre de l'hypothèque de l'immeuble consentie par le possesseur, qui n'en pas de titre parfait.

33—La loi criminelle punit celui qui prétend hypothéquer un immeuble auquel il n'a aucun titre légal d'une amende de cent piastres au plus ou d'un an d'emprisonnement. [2] Ce délit s'appelait stellionat, sous l'ancien droit. Celui qui, connaissant un droit réel antérieur non enregistré sur un immeuble, en fait ensuite une vente frauduleuse, est aussi coupable de délit et punissable d'une amende de $2,000 au plus, et d'un an d'emprisonnement.

34—Peut-on hypothéquer l'immeuble d'autrui dans l'intention d'en devenir propriétaire ?

De graves praticiens répondent ainsi à cette question que nous avons déjà posée plus haut. On peut aliéner, sous l'article 1488, l'immeuble d'autrui, sous la condition d'en de-

[1] 31 Victoria, c. 20; 36, Victoria, c. 11; 45 Victoria, c. 12.

[2] Code criminel de 1892, art. 372 et 373.

venir propriétaire. D'où il suit que l'on peut hypothéquer cet immeuble sous la même condition. Les hypothèques consenties par cet acquéreur futur, dans tous ces cas, prennent néanmoins rang selon la date de leur enregistrement, si le titre est ensuite complété. Va sans dire que l'acte d'hypothèque devra énoncer la désignation légale de l'immeuble d'autrui.

Ainsi il arrive souvent qu'on hypothèque un immeuble qui vient d'être vendu par le shérif. Le débiteur emploie le produit de l'emprunt à payer le prix d'adjudication et se fait transporter les droits de l'adjudicataire. Le contrat du shérif est alors passé longtemps après l'hypothèque qui est néanmoins valable.

35—Que dire du droit du mari à hypothéquer les immeubles appartenant à sa femme et du droit des fabriques à l'affectation hypothécaire de leurs immeubles.

Le droit du mari d'hypothéquer les immeubles de sa femme varie avec le régime sous lequel il a contracté mariage ; selon qu'il y a communauté, exclusion de communauté, ou séparation de biens ou modification de la communauté par clause de mobilisation. Si le mari est commun en biens, il hypothèque valablement même vis-à-vis de sa femme les immeubles de la communauté soit légale, soit conventionnelle. *Res enim transit cum suo onere.* Le mari est le maître de la communauté, [1] dit l'article 1292.

Il en serait de même de l'hypothèque consentie par le mari sur les immeubles mobilisés de sa femme. [2] L'article 1393 règle l'hypothèque sur ces biens.

36—Il n'en est pas de même de l'hypothèque passée par le mari non commun ou séparé de biens sur les immeubles propres de sa femme. Sous le régime de l'exclusion de communauté, la femme seule hypothèque ses immeubles en vertu de l'article 1421. Et l'article 1422 consacre le même droit en faveur de la femme séparée de biens.

---

1 Ferrière, cout de Paris, t. 111, p. 114, n. 9.
XIII, 4, L. C. J. 231, en révision.

Le mari n'a, dans ces cas, que la jouissance des immeubles, et pour hypothéquer, il faut pouvoir aliéner.

Le mari ne pourrait pas non plus hypothéquer l'immeuble, que la loi ou le contrat de mariage déclare propre à sa femme.

L'article 1218 dit expressément que le mari ne peut pas aliéner les immeubles personnels de sa femme.

Le mari pourrait-il hypothéquer valablement l'immeuble, appartenant par indivis à sa femme, et qu'il a acquis par licitation ou autrement ?

L'article 1279, qui assure à la femme, dans ce cas, un droit de retrait de cet immeuble ne semble-t-il pas prononcer la résolution de l'hypothèque par le mari, si l'exercice de ce retrait a lieu ? Il faut répondre dans l'affirmative Ce retrait peut être exercé par la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce.

L'article 1281 lui assure ce droit au cas de renonciation. La femme qui renonce à la communauté, ne conserve pas seulement un droit d'indemnité. Ainsi le mari qui ne peut pas, sans le consentement de sa femme, hypothéquer valablement les immeubles acquis par elle en échange ou par remploi de ses immeubles propres, ne peut pas plus hypothéquer l'immeuble appartenant pour partie à sa femme et qu'il a acquis par licitation ou autrement. Cet immeuble n'a pas cessé d'appartenir en propre à sa femme.

37—Le survivant, le mari ou la femme, se trouvant encore le chef de la communauté continuée, pourra donc valablement en hypothéquer les immeubles. Les pouvoirs qu'a le chef de la communauté continuée sont absolument les mêmes, d'après Rénusson, [1] dit Pothier, que celui du mari sur les biens de la communauté. L'article 1333 dit que le survivant peut disposer, à titre onéreux et sans fraude, de tout ce qui compose la communauté continuée. Comme les immeubles de la communauté n'entrent dans la continua-

[1] Bugnet, VII, p. 414.

tion que pour les fruits, le chef de la continuation ne peut donc les hypothéquer que pour sa moitié.

A *contrario*, après la dissolution de la communauté et de la continuation, le mari ne pourra hyothéquer que sa part dans les immeubles de ces sociétés à titre universel. [1]

38—Au sujet du pouvoir des fabriques d'hypothéquer leurs immeubles, il y a moins de distinctions à faire, du moment que nous connaissons la loi, qui régit les fabriques, quant à leur capacité d'hypothéquer ou d'aliéner leurs immeubles.

Nous n'avons pas à chercher ici, quel est le propriétaire véritable des biens, dont les fabriques ont l'administration ; si ces biens appartiennent plutôt à l'église qu'aux francs tenanciers de la paroisse. L'étude des trois domaines que Monseigneur Laflèche soutient exister, dans les biens d'églises, c'est-à-dire, le haut domaine confié au pape, le domaine administratif, reconnu aux évêques, et enfin le domaine utile, laissé aux paroissiens, ne peut pas être ici d'une grande utilité. Nous laissons aux deux écoles connues, en pareilles matières, le soin de débattre cette question du droit public de l'église et d'examiner à ce sujet le concordat de François Ier [2] et les ordonnances [3] antérieures à l'établissement du Conseil supérieur.

Nous n'avons plus à examiner ici quels sont les biens que les fabriques peuvent aliéner et hypothéquer, du moment que nous savons que ces corps peuvent, du consentement de l'ordinaire, hypothéquer les églises, presbytères et cimetières.

Cette dernière question a été traitée en même temps que l'objet de l'hypothèque. La question de la propriété des biens religieux ne peut pas se présenter, au sujet de la capacité des fabriques d'hypothéquer.

---

[1] XXII, L. C. J. p. 286.

[2] C'est le seul qui s'applique à la Nouvelle-France.

[3] Ordonnance du 30 octobre 1571 ; février 1580 ; Edit 11 mai 1582, ordonnance 16 Mars 1609 ; lettres patentes du 4 sept. 1619.

L'article 3435 des statuts refondus de la province de Québec règle cette capacité, dont la régie, selon l'article 2037, est soumise à des dispositions particulières. Cette disposition exige, en tous cas, pour hypothéquer les immeubles des églises, le concours de l'autorité diocésaine, et des paroissiens, convoqués en assemblée, ou du moins, des anciens et nouveaux marguillers, quand l'usage prévaut, comme à Montréal, de ne pas consulter les paroissiens pour l'aliénation et l'hypothèque des immeubles des fabriques. L'article 3435 semble admettre tous les usages paroissiaux à ce sujet. Monsieur Brousseau [3] examine ces diverses questions dans son étude sur les pouvoirs de la fabrique de Sorel.

39—En l'absence d'un usage contraire bien établi, la prudence, disons en passant, fera toujours exiger pour l'hypothèque des immeubles paroissiaux, une résolution des francs tenanciers tenant feu et lieu, régulièrement convoqués en assemblée, aussi bien que l'autorisation de l'ordinaire.

C'est là suivre la lettre et l'esprit de la loi sur les pouvoirs des fabriques, qui met fin, selon nous, à nombre de théories sur la capacité ou l'incapacité des fabriques d'hypothéquer leurs immeubles.

Cette loi contient les dispositions spéciales relatives aux fabriques, quant aux hypothèques conventionnelles, qu'elles peuvent consentir, et dont parle l'article 2037.

HONORÉ GERVAIS L L. D.

JEUX DE BOURSE

La femme séparée de biens peut-elle jouer à la Bourse ?

La femme qui joue à la Bourse spécule, et elle se livre à la plus dangereuse des spéculations. Ce n'est pas là ce que la loi permet ; elle peut aliéner, elle ne peut pas jouer. (*Cassation*, 30 *déc.*, 1862 ; *Dalloz*, 63-1-40 ; 22 *Laurent*, *no* 320.)

---

3 Etude incidente sur la loi civile de la Province de Québec, en rapport avec la construction, réparation etc, des églises, presbytères, et autres édifices dépendant des fabriques catholiques.

DES EFFETS DE L'ART. 2119 C. C.

Le notaire est-il tenu sous peine de dommages-intérêts, par l'article 2119 *du C. C., avant de procéder à un inventaire où sont intéressés des mineurs ou des interdits, de faire enregistrer l'hypothèque légale de ces incapables sur les immeubles de leurs tuteurs ou curateurs, si la chose n'est pas alors encore faite ?*

En d'autres termes :

Les mots "tutelles" et "curatelles" employés dans cet article y sont-ils synonimes de "hypothèques légales du mineur ou de l'interdit ?"

Telle est la question que nous tenterons de résoudre dans cette étude.

Il nous a semblé, en présence de la diversité d'interprétation dont cet article 2119 C. C., est l'objet, de la part des notaires de notre Province, en théorie comme dans la pratique, qu'il y avait lieu, autant *dans l'intérêt du public* que dans *celui du notariat*, de nous poser cette question et de chercher à la résoudre dans cette revue.

Dans l'intérêt du public : En effet, nous le ferons voir au

cours de cette étude, de la solution de cette question dépend la responsabilité pratique du tuteur et du curateur, du subrogé-tuteur et du notaire vis-à-vis du mineur ou de l'interdit et, par corrélation, la protection effective de ces incapables, telle que l'entend la loi.

Et n'est il pas vrai que beaucoup de monde, pour ne pas dire tout le monde, est intéressé, à quelqu'un de ces titres. à connaître la portée de cet article 2119 c. c. ?

Dans l'intérêt du notariat : En effet, n'est-il pas de la première importance pour les notaires, de se rendre bien compte de la véritable signification de l'article 2119 C. C., s'il est vrai, comme nous le ferons voir, que selon qu'ils donnent un sens ou l'autre à cet article, ils accomplissent, dans la pratique, le devoir qui leur en résulte ou ils y manquent, et que quand ils y manquent, non seulement ils exposent les droits du mineur ou de l'interdit ; mais qu'ils s'exposent eux-mêmes à des dommages-interêts, tout en tendant à jeter du discrédit sur leur profession ?

Nous aurions peut-être pu aller jusqu'à dire qu'il est devenu *nécessaire* d'étudier la question à résoudre, dans une revue comme celle-ci, puisque à l'heure présente, (nous l'avons insinué et nous le prouverons), les notaires interprètent à l'opposé les uns des autres l'article cité ; qu'en conséquence, beaucoup d'entre eux suivent une voie dangereuse et qu'il n'y a pas d'autres moyens de leur montrer la voie véritable, c'est-à-dire de leur faire uniformément adopter à tous l'interprétation saine de l'article en question, qu'en indiquant celle-ci, dans une revue qui ese censée les atteindre.

Nous supposons, sans doute, en parlant ainsi, que tous nos confrères n'ont qu'un désir : celui d'opter pour celle des deux voies qu'ils se sont jusqu'ici partagées à ce sujet, qui est la seule bonne, dès qu'ils l'auront pu découvrir.

Et il ne saurait nous être permis de douter que tous nos confrères sont pas dans ces sentiments, car si tel n'était pas le cas, nous avouons qu'ils seraient dignes du mépris du public, et que celui-ci aurait bien le droit de les taxer alors, non pas d'ignorance, mais de malhonnêteté, chaque fois qu'ils appli-

queraient d'une manière vicieuse cet article. Autrement, en effet, est-ce qu'ils ne se feraient pas et délibérement les complices des tuteurs ou curateurs qui tenteraient de dépouiller ceux que la loi a mis sous leur protection ? Autrement, ne seraient-ils pas traîtres à leur serment et ne se rendraient-il pas indignes de la confiance qu'a placée en eux le législateur, si alors que celui-ci leur a confié par l'art. 2119 C. C., comme nous avo[illegible] promis de la demontrer, la mission, onéreuse peut être, mais honorable, de voir à ce que ses privilégiés : le mineurs et les interdits ne soient pas privés des faveurs ou plutôt de la protection qu'il leur est accordés, ils ne la remplissaient pas [illegible]rtains de nos confrères et des mieux intentionnés se sont pourtant demandés s'il ne serait pas désavantageux, au point de vue des intérets du notariat, que la question posée fut débat[illegible]e dans cette revue, et ils nous ont communiqué leur crain[illegible] ce sujet.

Mais nou[illegible]royons qu'ils s'alarment à tort.

En effet, en quoi la chose peut-elle être désavantageuse ?

En ce que la public pourrait conclure d'un article comme celui-ci, que les notaires ne sont pas parfaits ?

Mais à cet endroit, que celui qui est sans faute leur jette donc le première pierre! Par ce qu'il en pourrait résulter de troubles à quelques uns de nos confrères qui ont jusqu'ici suivi la fausse route ? Mais ce n'est pas là une raison pours y laisser s'engager tout les autres !

Nous sommes d'avis, pour notre part, que les notaires ne risquent rien à se servir de cette revue pour faire une *revue* de leurs inperfections, pour rechercher au grand jour leurs erreurs et travailler à se corriger.

Nous pensons, au contraire, qu'ils ont tout avantage à s'en servir pour définir les devoirs et les obligations que leur impose la loi, pour découvrir les moyens les plus sûrs de s'en acquitter utilement pour leurs concitoyens, comme pour reclamer ou faire respecter leurs droits et leurs prérogatives, quand il y a lieu.

C'est pourquoi, tout en prenant en excellente part les remarques de nos amis, nous croyons devoir suivre notre idée

première, c'est-à-dire : devoir tenter, dans le travail qui va suivre, de résoudre la question posée.

Nous faisons précéder ce travail de l'opinion ou du sentiment d'un nombre assez considérable de nos confrères les plus distingués des différents districts de la Province, au suje de la matière de cette étude.

Ces opinions, nous les devons à la gracieuseté de ceux de nos amis qui ont bien voulu s'imposer la fatigue de répondre à une lettre que nous leur avons adressée à cette fin. Cette lettre nous la reproduisons immédiatement ici avant de citer les opinions dont il vient d'être parlé, pour prévenir tout malentendn, la voici :

NOTRE LETTRE

" Montréal, 16 Mars 1896.

" Mon cher confrère,

" avoir des conséquences considérables pour le notariat,

" Le notaire est-il tenu, par l'art. 2119 C. C., de faire en-" registrer, sous peine de dommages-intérêts, l'hypothèque " légale du mineur ou de l'interdit ?

" En d'autres termes, les mots " *tutelles* " et " *curatelles,*" " dans cet article, sont-ils synonimes de "*hypothèques légales* " *du mineur ou de l'interdit ?*"

" Telle est la question que je tenterai de résoudre dans un " prochain numéro de la " *Revue Légale.*" Mais comme la " solution de cette question, dans un sens ou l'autre, peut " avoir des conséquences considérables pour le notariat, " j'ai cru devoir faire précédermon article dans la , ' *Revue* " *Légale,*" de l'opinion ou, plutôt, de l'*impression* [contenue " en dix lignes d'imprimé, pas plus], d'une trentaine de con-'frères choisis en différents districts et parmi les plus expé-" rimentés et les plus compétents.

" Me permettrez-vous de vous compter au nombre de ces " trente, en me faisant la faveur, dans l'intéret du notariat, de

" m'adresser, d'ici à trois jours, en quelques lignes, votre " opinion ou, plutôt, votre *impression* sur la question posée ?

" Votre dévoué confrère,

" AMÉDÉE BOUCHARD,

" Notaire,

" 15, St-Jacques."

" P. S.—S'il vous plaît dire quelle est la pratique suivie à " ce sujet, dans votre district."

" A. B."

Ces réponses à cette lettre, que nous avons tenu à nous procurer et à communiquer aux lecteurs de LA REVUE LÉGALE, tant pour ajouter du piquant, de l'intérêt à notre sujet que pour prouver l'avancé que nous avons fait plus haut, que l'article 2119 C. C. était diversement interprété par les différents notaires de la Province, les voila :

OPINIONS RECUES EN REPONSE A NOTRE LETTRE.

NAPIERVILLE, 26 MARS 1896.

A. BOUCHARD, ECR., N. P.,

Cher ami et confrère,

N'ayant pas eu le temps d'examiner la question légale contenue en votre circulaire du 16 courant, avec toute l'attention qu'exige cette grave question, j'y répondrai très brièvement.

Quant à la 1ère partie, qui se lit comme suit : " *Le notaire est-il tenu, par l'art. 2119 C.C., de faire enregistrer, sous peine de dommages-intérêts, l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit.*" Oui. La loi me paraît impérieuse à ce sujet.

Et, relativement à la 2e partie se lisant comme suit : "*En d'autres termes, les mots tutelles et curatelles dans cet art. sont-ils synonimes de hypothèques légales du mineur ou de l'interdit.*" Oui, en ce qui concerne le tuteur et le curateur; parce qu'ils sont créés administrateurs des biens des incapables qu'ils représentent, et qu'en cette qualité ils sont tenus de rendre compte de leur administration ou gestion des biens qui leur ont été confiés, depuis leur prise de possession, et que la loi créée une

hypothèque légale sur leurs biens pour le compte qu'ils doivent. Mais je ne crois pas que le même principe puisse s'appliquer au notaire qui n'a aucune gestion des biens des incapables nommés aux tutelles et curatelles, et n'a aucun compte à leur rendre ; il est seulement le débiteur personnel de ces incapables pour le montant des pertes qu'il aurait pu leur occasionner par sa négligence à remplir le devoir que la loi lui impose. On peut être débiteur, même solidairement, sans qu'il y ait pour cela d'hypothèque.

La loi n'a pas accordé l'hypothèque à toute créance du mineur, contre tout débiteur ; mais elle veut que les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée soient ceux des mineurs ou interdits sur les biens de leur tuteurs ou curateurs.

Comme je ne suis pas un très fort commentateur, je me contenterai des quelques lignes ci-dessus, que je vous soumets humblement, espérant qu'elles contiennent l'énoncé strict du principe.

Il est très difficile, à la campagne, d'acquérir de grandes connaissances ; les bibliothèques sont minces !

Quant à la pratique suivie ici, à ce sujet, nous tâchons de faire enregistrer avant l'inventaire, afin de ne pas être exposés ni d'être sujets aux tracasseries judiciaires.

Bien à vous,

A. Barette, N. P.

Montréal, 19 Mars.

Cher confrère,

Je ne trouve pas qu'il y ait exactement synonimie entre les mots du Code *tutelle* et *curatelle* et *hypothèque légale* du mineur et de l'interdit, mais bien rapport comme de cause à effet.

Il y a hypothèque légale en faveur des mineurs et interdis, C. C. 2030 ; cette hypothèque résulte de la nomination du tuteur ou curateur ; V. formule de bordereau, Code Mathieu, C. C. 2117 : formule qui vient de l'ordonnance de 1841. Et cette hypothèque se conserve par l'enregistrement de la tutelle ou curatelle, (la *nomination* de tuteur ou curateur de C. C. 2120 et du bordereau ci-dessus, anglicisme nous venant aussi de l'ordonnance,) comme le privilège résultant de la vente, par exemple, se conserve par l'enregistrement de l'acte de vente,

l'hypothèque conventionnelle, par l'enregistrement de l'acte qui la stipule. De sorte que l'enregistrement de l'acte conserve l'hypothèque, et l'enregistrement de l'hypothèque se fait par celui de l'acte. Que le code se serve de l'une ou l'autre manière de s'exprimer, le sens et le résultat sont les mêmes, puisque la cause et l'effet sont inséparables. L'enregistrement en chaque cas doit se faire dans la forme voulue par le Code, sans quoi il n'y a pas enregistrement ; or dans le cas de tutelle et curatelle, il doit y avoir description des immeubles, soit dans l'acte, ou dans un avis : l'hypothèque ne datant que de tel enristrement, C. C. 2120. En conséquence, à mon avis, l'on ne peut dire que la tutelle ou curatelle a été *dument* enregistrée, C. C. 2119, que quand elle l'a été avec une description.

Si l'enregistrement de l'hypothèque est, dans les circonstances, désaventageuse au tuteur ou curateur, en liant ses immeubles pour un temps trop polongé, la loi lui donne un autre moyen de garantir son administration, celui du cautionnement, (C.C. 1953,§ 5,) ce qui protège également le notaire, mais lui enlève, en même temps, s'il n'a été pris ni l'un ni l'autre de ces moyens, toute excuse ou bonne défense contre un action en dommages-intérêts.

Je m'arrête, craignant avoir déjà dépassé la limite fixée.

Votre tout dévoué,

PHILIBERT BAUDOUIN.

MONTRÉAL, 27 MARS, 1896.

M. AMÉDÉE BOUCHARD, Notaire, Cité.

Cher Monsieur et Confrère.

Le second paragraphe de l'art. 304 C. C. réglait que nulle action ne pouvait être maintenue, s'il n'était justifié de l'enrégistrement préalable de la tutelle, et l'article 2119 C. C. assujettit le notaire, faisant inventaire, à voir à ce que la tutelle soit enregistée à peine de dommages, mais non à peine de nullité de l'inventaire. Cependant, dans l'un et l'autre cas, l'avocat et le notaire n'étaient pas tenus de donner l'avis requis par l'article 2120 à l'effet d'affecter les immeubles du tuteur. Nos codificateurs n'ont pas cru devoir imposer à l'avocat et au notaire l'obligation de donner un avis, évidemment parce que la chose était presqu'impossible en pratique. Le législateur, considérant l'inutilité de l'enrégistrement pure et simple de la tutelle,

a rappelé le second paragraphe de l'art. 304, mais il aurait dû rappeler, du même coup, l'art. 2119, y ayant parité de raison dans les deux cas.

Votre tout dévoué,

L. BÉLANGER,

Notaire.

BEAUHARNOIS, 19 MARS, 1896.

A. BOUCHARD, ECR., N. P.

Mon cher Confrère,

Re " Le notaire est-il tenu, par l'art. 2119 C. C., de faire enrégistrer, sous peine etc, les tutelles et curatelles?" Oui, malgré que ce cas ne se soit pas présenté dans ma pratique. Le notaire a toujours fait et est tenu de faire enrégistrer ou de voir à l'enregistrement de la tutelle ou curatelle, chaque fois, qu'il est requis de faire un inventaire. Dans ce cas, seulement, malgré le mot "dûment" au dit article, je crois que le devoir du notaire ne va pas plus loin que l'enrégistrement de l'acte de tutelle ou curatelle ; car je ne vois rien qui oblige un notaire de s'enquérir des biens sujets à l'hypothèque légale. Souvent même, il ne peut connaître les biens sujets à cette hypothèque légale du mineur ou de l'interdit qu'après l'inventaire termine.

Le C. C. dit, quelque part, que toute personne même non intéressée peut, par avis au régistrateur, affecter une propriéte sujette à cette hypothèque, à défaut de parents et intéressés, au profit des mineurs et des interdits et dans un temps qui n'est pas fixé ni déterminé. Dans ma pratique, ce cas ne s'est jamais présenté; cependant je crois que c'est l'opinion de mes confrères du district. Je n'ai pas eu le temps d'ouvrir aucun livre, ni de faire aucune étude ; mais je vous donne mon opinion à la simple lecture de mes C. C.

Je regrette que mes occupations, dans le moment, me privent d'étudier une question si importante pour la profession.

Je termine en vous soumettant que le notaire n'est responsable que dans le cas où il est requis et qu'il a accepté la responsabilité d'un inventaire.

Veuillez ne pas conserver cette chétive réponse comme une opinion ; à l'avenir, en me donnant du temps, je pourrai faire mieux.

Je n'ai pas beancoup étudié : la politique a absorbé les trois quarts de mon temps depuis 30 ans ; mais j'aime toujours la

profession des honnêtes gens et des hommes dont la conscience n'a pas encore été viciée.

Merci, Monsieur, d'avoir pensé à moi. Je me ferai toujours un plaisir d'être utile à la profession.

J'ai l'honneur d'être, mon cher Monsieur,

Votre confrère dévoue.

E. H. BISSON.

MONTRÉAL, 19 MARS 1896.

M. AMÉDÉE BOUCHARD,

Monsieur et cher confrère,

L'art. 2119 ne prête à aucune équivoque, et le notaire doit voir à l'enregistrement des *tutelles* avant de procéder à un inventaire.

Les mots *tutelles et curatelles* dans cet article sont-ils synonymes de *hypothèques légales des mineurs ou des interdits*, ou, doivent-ils être pris dans le même sens ? Non, si c'est par inférence à l'article 2120, que l'on pose la question et pour savoir si ce dernier article augmente la responsabilité du notaire. Car, bien qu'il a pu être dans la pensée du législateur que le notaire devait assurer simultanément les effets de l'hypothèque légale au profit des mineurs et de l'interdit, sa pensée n'est pas suffisamment définie et je ne trouve pas que le dernier article est le corollaire du précédent et je ne vois pas de liaison suffisante entre les deux articles, pour y trouver une prescription impérieuse qui oblige le notaire à voir à plus qu'à l'enregistrement de la tutelle.

Toutefois, dans ma pratique, en même temps que je me conforme à l'art. 2119, je donne l'avis mentionné en l'art. 2120.

Croyez-moi, Votre respectueux serviteur,

H.A. A. BRAULT.

N. B.—Si je n'avais pas bien saisi votre question, veuillez me la poser sous une autre forme et je me ferai un plaisir d'essayer de la résoudre.

St-Eustache, 19 Mars 1896.

Amédée Bouchard, Ecr., N. P.,

15, rue St-Jacques, Montréal.

Mon cher confrère,

Je m'empresse de répondre à la question que vous me faites l'honneur de me soumettre, dans votre letrre du 16 courant, savoir :

" *Le notaire est-il tenu, par l'article 2119 C. C., de faire* " *enregistrer, sous peine de dommagee-intérêts, l'hypothèque* " *légale du mineur et de l'interdit ?*"

Quant à moi, je n'hésite pas à répondre dans l'affirmative. Je suis convaincu qu'un notaire qui réglerait les affaires d'un mineur ou d'un interdit, sans avoir fait enrégistrer *l'acte de Tutelle* ou *de Curatelle* de tel mineur ou de tel interdit avec effet hypothécaire, soit l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, serait passible de tous les dommages qui pourraient résulter à tel mineur ou tel interdit, par le défaut d'enrégistrement.

Cette opinion parait être celle de tous mes confrères, en général, dans notre district.

Je vous félicite du travail que vous vous imposez, en dehors de vos nombreux travaux professionnels, pour élucider certaines questions très importantes et du plus haut intérêt pour tous nos hommes de loi.

Avec considération, votre dévoué confrère,

C. H. Champagne.

Amédée Bouchard, Ecr., Notaire, Montréal.

Mon cher confrère,

Au sujet de votre question : " Le notaire est-il tenu par " l'article 2119 C. C., de faire enrégistrer, sous peine etc., l'hy- " pothèque légale du mineur et de l'interdit," je trouve en mon Code, cet article allongé de la note suivante : " *Avec la* " *formalité prescrite en l'article qui suit.*"

Cette annotation, d'assez belle écriture,
Doit remonter au temps de ma cléricature.

J'y tiens tout de même ; à moins qu'elle ne soit contraire aux conclusions de l'étude que vous nous promettez.

Bien honoré de votre attention.

Votre dévoué.

M. COUPAL.

ST-MICHEL ARCHANGE,
le 20 mars 1896.

MONTREAL, 21 Mars 1896.

A. BOUCHARD, Ecr., N. P.

Cher confrère,

En réponse à votre lettre du 16, reçue le 18, je vous fais part, avec plaisir, de mon impression sur l'article 2119 du C. C. B. C.:

Je ne crois pas que le notaire soit tenu au delà de ce que dit l'article; l'au delà, dans mon opinion, incombe au Tuteur ou au Curateur à l'interdit ; au défaut du Tuteur, au Subrogé-Tuteur, et, au défaut du Subrogé-Tuteur, à d'autres, tel que pourvu par la loi ; mais non au notaire.

Votre dévoué confrère,

J. L. COUTLEE,

Notaire.

ST-FÉLIX DE VALOIS, 19 MARS 1896.

AMÉDÉE BOUCHARD, ECR. N. P.,
Montréal,

Mon cher confrère,

En réponse à votre lettre du 16 courant, reçue hier, j'ai l'honneur de vous dire que, dans mon opinion, l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit doit être enregistrée avec l'acte de tutelle ou curatelle. Autrement, le seul enregistrement de la tutelle ou curatelle ne donnerait aucune garantie aux mineurs et interdits : et cet enregistrement ne recontrerait pas l'intention du législateur qui a voulu que les intérêts des incapables soient garantis.

La pratique, ici, est de faire enregistrer l'hypothèque légale lorsque les droits et intérêts des mineurs en valent la peine.

Votre bien dévoué confrère.

M. CRÉPEAU.

MONTREAL, MARCH, 19th, 1896.

AMÉDÉE BOUCHARD, ESQ., N. P.

My Dear Confrère,

In reply to your favor of the 16th inst., regarding article 2119 C. C.

I invariably register tutorships and curatorships before making inventories, because the article mentioned requires is; but I do not see what value there is in such registration ;at notaries are not required to strike any hypothec against the immovables of the Tutor or Curator and consequently the registration is ineffective and no specific penalty attaches to non-registration.

Yours very truly,

C. CUSHING.

———

MONTREAL, 20 MARS, 1896.

AMEDEE BOUCHARD, ECR., N, P.

Cher confrère,

Voici *en dix lignes pas plus*, ainsi que vous l'exigez, ma réponse à votre lettre du 16 courant :

Je suis d'opinion que l'artice 2119 C. C. peut être sujet à différentes interprétations, et est fait de manière à pouvoir insinuer que le notaire est tenu de faire enrégistrer l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit ; mais je ne vois rien, cependant, d'assez formel ni d'assez précis dans cet article, pour me porter à croire ou même à appréhender que le notaire soit obligé à voir à cet enrégistrement sous peine de dommages-intérêts.

Quant à moi, en pratique, je ne fais enrégistrer cette hypothèque légale que sur requisition spéciale.

J'ai l'honneur d'être, votre dévoué.

M. J. A. DORVAL, N. P.

———

M. AMEDEE BOUCHARD, Notaire.

Cher confrère,

Voici ma réponse à votre lettre :

Question : — *Le notaire est-il tenu, par l'art. 2119 C. C., de faire enrégistrer l'hypothèque du mineur et de l'interdit ?*

En d'autres termes : les mots "*tutelles* et *curatelles*" dans cet article sont-ils synonimes de " *hypothèques légales du mineur ou de l'interdit ?*

Réponse :— Oui ; et, dans mon humble opinion, il n'est pas possible de les interpréter autrement ; en voici les principales raisons :

L'art. 2026 C. C., restreint l'hypothèque légale aux seuls immeubles appartenant au débiteur et décrits dans un avis qui en requiert l'enrégistrement.

L'art. 2030 C. C., accorde cette hypothèque légale aux mineurs et aux interdits sur les immeubles de leurs tuteurs ou curateurs, ainsi décrits dans tel avis, pour le reliquat du compte de tutelle ou du curatelle.

La loi ayant pris sous sa protection les mineurs et les interdits en les favorisant du privilège d'une hypothèque, il lui restait à obliger ceux préposés spécialement à l'administration de leurs biens, et à la surveillance scrupuleuse de leurs intérêts, à voir à l'enrégistrement de cette hypothèque, avec toutes les formalités requises pour la rendre effective ; et ce dernier devoir, elle l'a rempli, ainsi que les articles suivants nous le prouvent.

En effet, l'art. 2117 C. C., oblige les tuteurs et les curateurs à faire enrégistrer sans délai les hypothèques dont leurs immeubles peuvent être grevés en faveur des mineurs et des interdits. etc., sous les peines portées contre les maris en l'article 2113, C. C.

L'art. 2118 oblige pareillement le subrogé-tuteur à cet enregistrement, à défaut de tuteur.

Enfin, à défaut de l'un et de l'autre, l'art. 2114, C. C., oblige tout notaire, requis de faire un inventaire, de procurer l'enregistrement des tutelles des mineurs et curatelles des interdits intéressés dans cet inventaire, à peine, quant à lui, seulement des dommages-intérêts.

Puis l'article 2120, C. C., prescrit le mode particulier de cet enregistrement, et ce n'est qu'en l'observant fidèlement, c'est-à-dire en produisant pour enregistrement avec l'acte de tutelle ou de curatelle, un avis contenant la désignation des immeubles affectés, qu'on peut rendre l'enregistrement de cette hypothèque effectif ; à moins que les immeubles ne soient dejà décrits et spécifiés en ces actes ; en ce cas, il suffit de les faire enregistrer sans avis, puisque le vœu de la loi se trouve déjà satisfait, relativement à la spécialité et à la publicité de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.

Le notaire, au cas prévu en le dit art. 2119, étant soumis à l'obligation de l'enregistrement de cette hypothèque, ne peut s'en acquitter effectivement qu'en se conformant aux formalités prescrites par le dit art. 2120; par conséquent, en produisant, s'il y a lieu, avec l'acte de tutelle et de curatelle l'avis requis; autrement il reste sujet à la peine des dommages-intérêts.

Quant à la pratique suivie en notre district, je l'ignore; dans tous les cas, fût-elle contraire à la loi, on ne pourrait s'en autoriser, pour l'enfreindre et se faire fi de l'obligation rigoureuse de protéger les mineurs et les interdits, suivant la loi et la conscience.

TROIS PISTOLES, le 19 mars 1896.

ALEXANDRE GAGNON.

Notaire.

MASKINONGÉ, 19 MARS 1896.

A. BOUCHARD, ECR.,

Montréal,

Mon cher confrère,

Par l'art. 2119 C. C., le notaire n'est tenu qu'à faire enregistrer l'acte de tutelle seul.

Bien à vous.

E. GALIPAULT.

QUÉBEC, 18 MARS 1896.

AMÉDÉE BOUCHARD, ECR. N. P.,

15, St-Jacques, Montréal,

Mon cher confrère,

Je reçois ce matin, la vôtre du 16 et j'y réponds.

Art. 2119 C. C. La coutume est de faire enregistrer les tutelles des mineurs et curatelles des interdits, sans avis d'inscription,

L'art. 2119 requiert l'enregistrement dans l'intérêt du public et est de droit nouveau, tandis que 2117 requiert l'enregistrement dans l'intérêt du mineur ou de l'interdit. Ce dernier oblige a prendre l'hypothèque, mais 2119 ne le requiert pas. La Lecture de 2117, 2118 et 2119, fait comprendre la distinction et l'intention du législateur. Vide 2136, 2137 et 2141 C.N.

Avant que la loi ait été changée, il fallait enregistrer la tutelle avant de plaider au nom du mineur et cet enregistrement comme celui requis par 21 19 se faisait sans avis d'hypothèque, parce qu'il était requis dans l'intérêt du public seulement.

Respectueusement soumis.

Avec amitié,

Votre dévoué confrère,

V. W. LARUE.

N. B.—2119 crée une hypothèque et doit être interprêté dans le sens le plus restreint.

V. W. L.

ARTHABASKAVILLE, 20 MARS 1896.

AMEDÉE BOUCHARD, Ecr., Notaire, Montréal.

Mon cher confrère,

J'ai reçu votre lettre du 16 courant. Mon impression sur la question que vous me posez, est que le notaire est simplement tenu à voir à ce que la tutelle soit enregistrée avant de procéder à l'inventaire. Je ne crois pas qu'il soit obligé de voir à ce qu'une hypothèque soit créée par cette tutelle en faveur des mineurs, dès que le conseil de famille n'exige pas que le tuteur donne de garantie par hypothèque. La règle de pratique suivie dans notre district, est de faire enrégistrer les tutelles sans mentionner d'hypothèque en faveur des mineurs sur les biens du tuteur. Je ne crois pas que sur cent tutelles enregistrées, par année, dans notre district, il y en ait une qui mentionne une hypothèque par le tuteur, et je n'ai jamais vu de bordereau enrégistré après l'enrégistrement de la tutelle.

Veuillez ne considérer ma réponse que comme mon impression sur la question posée ; car je n'oserais pas émettre d'opinion à ce sujet ; vu que dans le cours de ma pratique ici, il est très rare de rencontrer des cas où les mineurs héritent de sommes assez fortes pour prendre une garantie.

Votre bien dévoué confrère,

L. LAVERGNE.

MONTREAL, LE 20 MARS 1896.

M. A. BOUCHARD,
Notaire,
Montréal,

Mon cher confrère,

Je crois que le notaire doit voir à ce que les tutelles et curatelles soient enregistrées avec leurs effets hypothécaires.

L'enregistrement des tutelles et curatelles dans le corps desquelles la description des propriétés que l'on a voulu affecter, n'est pas donnée, est incomplet.

Le notaire doit, dans ces cas, faire complèter l'enregistrement par des avis, ou constater qu'il n'y a pas d'immeubles.

Je traite l'article 2120 comme corollaire des précédents.

Votre dévoué,

C. E. LECLERC.

———

L'ISLET, 19 MARS 1896.

A. BOUCHARD, ECUIER, N. P.

Mon cher Confrère.

La vôtre, du 16 mars courant, m'a très flatté, vu le choix dont j'étais l'objet. Merci.

Sans retard, je vous donne immédiatement mon impression, ou opinion, sur la question posée : "*Le notaire est-il tenu par l'art. 2119 C. C. de faire enregistrer, sous peine de dommages-intérêts, l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit ?*"

En d'autres termes, les mots tutelles et curatelles dans cet article sont-ils synonimes de hypothèques légales du mineur ou de l'interdit ?"

Réponse :—Suivant moi, les tutelles et les curatelles comportent hypothèques légales en faveur des mineurs et des interdits contre les biens des tuteurs et des curateurs, sans qu'il soit besoin de faire enrégistrer, à cet effet, un avis d'enrégistrement, désignant l'immeuble ou les immeubles des dits tuteurs et curateurs, pourvu toutefois que les dites tutelles et curatelles soient enregistrées. Pour répondre ainsi, je me base sur les commentaires de de Lorimier, les S. R. B. C., Pothier.," Loi Bugnet", voir. Denisard, &c., C'est la méthode suivie ici, au moins dans le comté de l'Islet, c'est-à-dire que nous faisons enrégistrer les tutelles et les curatelles sans avis désignant les immeubles des tuteurs et des curateurs.

Puisse cette réponse vous donner entière satisfaction et vous aider tant soit peu dans votre entreprise.

Votre tout dévoué confrère,

C. LECLERC, N. P.

ST-JEAN, P. Q., 19 MARS 1896.

M. AMEDEE BOUCHARD, Notaire,

Montréal, Que.

Cher monsieur et confrère,

Voici, en quelques mots, ma réponse à la question contenue dans votre lettre du 16 mars courant, que je n'ai pas eu le temps d'étudier à fonds :

L'article 2119 du Code Civil est du droit nouveau, ajouté par la législature au projet qui lui fut soumis par les Codificateurs. La clause pénale qu'il contient, étant de droit *étroit*, ne peut s'étendre audelà des termes mêmes de l'article et ne s'applique, dans mon humble opinion, qu'aux mots "*tutelles*" et "*curatelles*" dans leur signification ordinaire. La pratique suivie dans notre District est dans ce sens.

Votre tout dévoué.

F. G. MARCHAND.

AMEDEE BOUCHARD, Ecr., Notaire.

Cher confrère,

En réponse à votre lettre du 16 courant, je dois vous dire que mon opinion est que le notaire doit voir, avant de faire inventaire, à ce que les droits des mineurs soient sauvegardés par l'enrégistrement tel que requis par l'article 2117 de notre Code ; mais qu'il vaudrait beaucoup mieux pour nous ne point soulever publiquement cette question.

Pourquoi éveiller le chat qui dort ? Faut-il pousser l'amour de l'étude jusqu'à aiguiser les armes qui devront nous couper le cou ?

La pratique contraire a été suivie jusqu'ici, et je ne suis pas de ceux qui sont pour l'innovation en cette matière.

Votre tout dévoué.

J. P. MARION.

18 Mars 1896.

CONTRECŒUR, 20 MARS 1896.

AMÉDEE BOUCHARD, ECR., Notaire,
Montréal,

Cher monsieur et confrère,

En réponse à la question de droit que vous me faite l'honneur de me soumettre, je suis d'opinion que les mots tutelles et curatelles ne doivent pas s'étendre à l'hypothèque légale, pour les motifs suivants :

1o Parce qu'une loi pénale est de droit strict et étroit et ne doit jamais s'interprèter dans un sens large : si l'on observe cette règle de droit envers les vulgaires criminels, pourquoi serait-on plus sévère envers ces *pauvres notaires* !

2o Parce que l'art. 2117, qui impose aux tuteurs l'obligation de faire enregistrer, ne s'exprime pas de la même manière, se servant du mot hypothèque lègale au lieu de tutelle.

3o Parce que certains tuteurs ne possèdent aucun biens-fonds, et que le notaire ne peut dans ces cas faire enregistrer l'hypothèque légale ; il eût donc fallu que l'article 2119 fit une distinction, s'il eût voulu comprendre l'hypothèque légale. Dans votre travail, veuillez donc mentionner les jugements qui peuvent avoir été rendus dans un sens ou dans l'autre, s'il y en a.

La pratique ici est de faire enregistrer l'hypothèque légale, quand elle peut être utile.

Supposez un tuteur grevé pour plus que la valeur de ses biens-fonds destinés à être vendus. Dans ce cas, l'hypothèque légale serait inutile et rendrait la vente impossible.

J'ai l'honneur d'être,
Votre dévoué confrère,
Z. MAYRAND, N. P.

FARNHAM, 18 MARS 1896.

M. AMEDEE BOUCHARD, N. P.,
Notaire,
Montréal, P. Q.,

Non. Il me paraît que le contraire serait, pour le notaire, de s'arroger le droit des tuteurs ou curateurs à eux donné par l'art. 2117 C. C.

La pratique suivie dans le district de Bedford, est que le fait en question est laissé à la discrétion du tuteur ou du curateur.

Votre dévoué,
S. NOISEUX.

MONTREAL, 21 MARS 1896.

MONSIEUR A. BOUCHARD, Notaire, Montréal,

Cher confrère,

J'ai le plaisir de vous faire part comme suit, de ma manière d'interpréter les dispositions de l'article 2119 C. C., suivant que vous le demandez par votre lettre du 16 courant, viz :

L'article 2119 oblige tout notaire, qui est appelé à faire un inventaire, à voir à l'enregistrement des tutelles des mineurs et des curatelles des inlerdits.

L'article 2120 ajoute que l'hypothèque des mineurs contre leur tuteur et celle de l'interdit contre son curateur, n'affecte que les immeubles décrits dans l'acte de tutelle ou de curatelle ou dans un avis. Cet article se rapporte à l'obligation imposée à tout tuteur à des mineurs, à tout curateur à l'interdit et aux subrogés-tuteurs, par les articles 2117 et 2118, aussi bien qu'à celle imposée au notaire appelé à faire un inventaire par l'article 2119.

L'obligation ainsi imposée à ces personnes a pour but la protection des mineurs et des interdits. Cette protection ne peut être efficace que lorsque les immeubles affectés à l'hypothèque légale des mineurs et des interdits sont décrits, soit dans l'acte de tutelle ou de curatelle, soit dans un avis.

Dès lors, je crois que lorsque la tutelle ou la curatelle ne décrit pas les immeubles ainsi affectés, à cette hypothèque legale, le notaire est tenu de voir à l'enregistrement d'un avis désignant et spécifiant ces immeubles.

Je suis d'opinion que la loi devrait être amendée de manière à faire disparaître cette responsabilité des notaires, ou, au moins, je suggérerais de l'amender de manière à ne rendre le notaire responsable que lorsqu'il aura omis d'indiquer au tuteur ou au curateur l'obligation que la loi leur impose de faire enregistrer l'acte de tutelle ou de curatelle, avec la description de leurs immeubles.

Avec considération, Votre bien dévoué.

N. PÉRODEAU.

LAPRAIRIE, 19 MARS 1896.

A. BOUCHARD, Ecr., Notaire, Montréal.

Mon cher confrère,

Relativement à la question que vous me soumettez, par votre communication du 16 courant, j'ai l'honneur de vous exposer :

Que, dans mon humble opinion, le notaire n'est tenu de voir qu'à l'enrégistrement de la tutelle ou de la curatelle ; et que c'est au tuteur ou au curateur qu'incombe le devoir, sous peine de dommages-intérêts, de faire enrégistrer les hypothèques dont leurs immeubles peuvent être grevés en faveur de ces mineurs ou de l'interdit.

Votre très bumble serviteur.

A. J. A. ROBERGE.

LÉVIS, 18 MARS, 1896.

Cher confrère.

Votre lettre du 16 courant reçue, je vous envoie les quelques notes qui suivent, écrites à la hâte.

Question :—*Le notaire est-il tenu, par l'art. 2119 C. C., de faire enregistrer, sous peine de dommoges-intérêts, l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit !*

En d'autres termes, les mots *tutelles* et *curatelles*, dans cet art. *sont-ils synonimes de hypothèques légales du mineur ou de l'interdit ?*

Réponse :—L'article 2030 du code civil dit que l'hypothèque légale a lieu en faveur des mineurs ou des personnes interdites, sur les immeubles de leurs tuteurs ou curateurs, pour le reliquat de compte de tutelle ou de curatelle.

Quels sont les éléments nécessaires pour constituer cette hypothèque légale et la rendre complète ?

1o *L'acte de tutelle ou l'acte de curatelle.* Ce sont les actes de nomination, dont parle la section 48 du ch. 37 des S. R. B. C. et qui créent l'hypothèque légale ou tacite.

2o. *L'avis déclaratoire requis par l'article 2120 du Code Civil.*

L'hypothèque légale existe en principe (*in potentiâ*) dans la tutelle ou curatelle (*acte de nomination*), mais elle n'est pas complète et ne peut affecter que les immeubles décrits et spécifiés dans l'acte de tutelle ou de curatelle, ou à défaut de telle spécification, que les immeubles décrits dans un avis à cet effet enrégistré *soit en même temps que la nomination du tuteur ou du curateur* ou après ; et l'hypothèque ne date qu'à compter de tel enrégistrement, (art. 2120). L'acte de tutelle ou de curatelle n'est donc pas suffisant pour former l'hypothèque légale, mais il est un des éléments constitutifs de cette hypothèque.

Dans le rapport des codificateurs (vol. III, p. 170) l'article 5 dit que l'hypothèque légale des mineurs et des interdits

date du jour que le tuteur ou curateur assume ou doit assumer l'administration. C'était l'ancien droit tel qu'il existait ici avant 1860 et qui fut modifié par 23 Vict. c. 59, s. 19. Nos législateurs ont conservé les dispositions de 23 Vict., retranché l'art. 65 du projet des codificateurs, et déclaré que l'hypothèque légale des mineurs ou interdits ne date que de l'enrégistrement de l'avis. C'est une preuve bien évidente que l'acte de tutelle seul ne constitue pas les éléments nécessaires pour créer l'hypothèque légale. Il faut nécessairement l'enrégistrement pour donner date à l'hypothèque légale.

A quoi est tenu le notaire en vertu de l'article 2119 du code civil ?

A l'enregistrement de la tutelle ou de la curatelle, avant l'inventaire.

Qui est tenu à l'enregistrement de l'hypothèque légale des mineurs ou interdits, soit de *la tutelle ou curatelle et l'avis déclaratoire des immeubles ?*

Les articles 2117 et 2118 du code répondent : *le tuteur ou le subrogé tuteur des mineurs ou le curateur à l'interdit.* Ces deux articles doivent, en effet, comprendre non seulement l'obligation de faire enregistrer les hypothèques dont leurs immeubles peuvent être grévés en faveur de ces mineurs ou de l'interdit, mais encore l'hypothéque légale destinée à garantir le reliquat de compte.

Le sous-titre des ss. 30 et 31 du chapitre 37 des S. R. B. C., que nos articles 2117 et 2118 reproduisent, porte : "Enregistrement d'hypothèques dont sont grevés les biens des maris, tuteurs, curateurs. etc., es-qualité."

Il semble que, si le notaire n'est tenu qu'à l'enrègistrement de l'acte de nomination, il ne peut être rendu responsable du défaut d'accomplissement des formalités exigées pour dater l'hypothèque légale des mineurs ou interdits. Son rôle se borne, dans l'intérêt des mineurs ou interdits, à rendre public l'acte de nomination comportant la possibilité future d'une hypothèque sur les biens de l'élu.

Les tuteurs, subrogés-tuteurs ou curateurs, doivent rendre leur nomination publique et de plus déclarer les biens qui peuvent être affectès à l'hypothèque des mineurs ou interdits.

Lors de la confection de l'inventaire, il peut fort bien se faire que ces curateurs ou tuteurs n'aient pas de biens immeubles et qu'ils en acquièrent plus tard. Aussi la loi les oblige-t-elle à faire enrégistrer l'avis déclaratoire soit en même temps que l'acte de nomination, soit après. Ne serait-il pas injuste d'exiger du notaire une plus lourde obligation que celle qui

pèse sur lui en vertu de l'article 2119?

Sans discuter ce point plus à fond, mon impression est que notre code distingue suffisamment les deux éléments qui constituent l'hypothèque légale et jusqu'où s'étend la responsabilité du notaire.

Votre tout dévoué,

J. EDMOND ROY.

———

QUEBEC, 18 MARS 1896.

A. BOUCHARD, ECR. N. P.,

15, rue St-Jacques, Montréal,

Cher confrère,

En réponse à votre question, je dois vous dire que, suivant moi, l'art. 2119 obligeant les notaires à faire enregistrer la tutelle ou curatelle, les oblige également à enregistrer l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit et voici mon raisonnement. Quel est le but de l'enregistrement de la tutelle ou de la curatelle ? C'est d'assurer l'hypothèque légale, or l'on ne peut assurer l'hyothèque qu'en faisant enregistrer l'acte de tutelle, et si cet acte ne contient pas la description de l'immeuble, il faut le faire accompagner d'un avis donnant cette description (2120). Autrement, le simple enregistrement ne vaudrait pas grand'chose. Voilà ma manière de voir, voila la ligne de conduite que je tiens dans la pratique et je dois ajouter, si cela peut vous être utile, que M. Langelier, dans son cours de droit civil, enseigne la même chose.

D'un autre côté, on peut soutenir le contraire avec beaucoup de vigueur. Ainsi l'on peut dire que l'obligation du notaire de faire enregistrer la tutelle existe même lorsque le tuteur n'a aucune propriété qui puisse être affectée par l'hypothèque légale au moment de l'enregistrement, et que si cette obligation existe dans ce cas, elle existe dans *tout autre cas*, sans être *plus onéreuse pour les notaires*. Autre argument : L'art. 2119 est exhorbitant du droit commun. Il impose une obligation, et l'infraction de cette obligation est punie par une pénalité " dommages-intérêts. " D'après une règle d'interprétation parfaitement admise, les obligations de cette nature doivent être interprétées d'une manière restrictive, on doit ne les appliquer qu'au cas particulier, et ne pas les étendre d'un cas à un autre. Or en étendant l'obligation du notaire de faire enregistrer la tutelle, à l'obligation de faire enregistrer l'hypothèque légale, l'on déroge à cette règle d'interprétation, etc., etc.

Je crois, néanmoins, que la pratique contraire est plus certaine, et dans tous les cas elle n'offre aucun danger, tandis que l'autre peut engager la responsabilité du notaire.

Permettez-moi maintenant d'ajouter une autre remarque. —Comme vous le dites : la solution de cette question dans un sens ou dans l'autre, peut avoir des conséquences considérables pour le notariat. Que l'on discute cette question devant un cercle de notaires, c'est parfait, il n'y a rien de plus naturel ; mais je vois un certain danger, que la question soit décidée dans un sens ou dans l'autre, à faire de cette question un article de revue—Ce serait donner contre la profession des armes pour la combattre—Ce serait exposer les notaires qui ne partagent pas notre opinion et qui auraient suivi une pratique contraire, à des misères et à des difficultés—Suivant moi ce n'est pas une de ces questions qui doivent être discutées dans e revue, si l'on n'envisage que l'intérêt du notariat.

Veuillez, je vous prie, peser ces raisons, les soumettre à votre digne président dont le jugement est si sûr et la science si profonde, et me dire ensuite ce que vous en pensez tous deux.

Bien à vous,

L. P. SIROIS.

N. B.—Je ne puis vous dire si mes confrères suivent la même pratique que moi. Je n'ai pas eu l'occasion d'en conférer avec aucun d'eux.

Que resulte-t-il dans l'esprit du lecteur, de la communication qu'il vient de prendre des opinions citées, si ce n'est la preuve et la preuve évidente, que les notaires de cette Province interprètent bien bien différemment les uns des autres l'art. 2119 C. C. ?

N'est-il pas vrai que ces opinions font voir que les notaires se divisent en deux camps au sujet du sens à donner à cet article ?

Les uns prétendent que la loi impose aux notaires, par cet article, l'obligation d'enrégistrer l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit ; les autres opinent dans le sens contraire, c'est-à-dire qu'ils pensent que le notaire n'est pas tenu à autre chose qu'à la production au bureau d'enrégistrement

(lequel?),[1] d'une copie de l'acte de tutelle ou curatelle, que celui-ci contienne ou non description des immeubles des tuteurs ou curateurs. En un mot, les premiers interprètent cet article en en cherchant l'esprit, les seconds en s'attachant à sa lettre. Qui a raison et qui a tort ? Pour notre part, nous n'hésitons pas à nous ranger du côté des premies et nous soutenons, c'est là la thèse que nous allons développer, que :

Le notaire est tenu sous peine de dommages-intérêts, par l'art. 2119 *C. C., avant de procéder à un inventaire où sont interessés des mineurs ou des interdits, de faire enregistrer l'hypothèque légale de ces incapables, sur les immeubles de leurs tuteurs ou curateurs, si la chose n'est pas alors encore faite.*

Cette thèse, nous l'allons soutenir en établissant dans une première section de cette étude : que l'article 2119 C. C. ne doit pas être interprété dans sa lettre ; mais dans son esprit ; et dans une seconde section : que les mots " tutelles" et " curatelles" y sont synonimes de hypothèqnes légales du mineur ou de l'interdit, de par l'esprit de la loi.

SECTION I

L'article 2119 C. C., ne doit pas être interprété dans sa lettre ; mais dans son esprit.

> *Il est évident que les mots ne font pas le droit, c'est la volonté du législateur ; les mots ne servent qu'à la manifester : non enim lex est quod scriptum est sed quod legislator voluit quod judicio suo probavit et recepit.*
>
> *L. de quibus f. f.*
> Citée par Mailher de Chassat.

Lorsque nous entreprimes de faire cette étude, nous croyions, appuyé sur l'aphorisme qui précède, ne devoir pas

---

[1] Ceux quiprétendent que le legislateur a voulu imposer au notaire l'obligation d'enregistrer la tutelle, afin que l'inscription puisse se faire plus tard, au besoin, ont ils songé que l'acte de tutelle pourrait, par ce système, avoir été enregistré dans une division d'enregistrement, tandis que les immeubles à être décrits dans l'avis postérieur, pourraient être situés dans une autre division d'enregistrement ?

être tenu à autre chose, pour établir notre thèse, qu'à démontrer que dans l'esprit de nos codificateurs les mots "*tutelles*" et "*curatelles*" dont ils se sont servi dans l'article 2119 C. C., étaient équivalents de "*hypothèques légales du mineur ou de l'interdit.*"

Mais après avoir lu les opinions que nous avons tout-à l'heure reproduites, nous avons pensé nécessaire de diviser notre travail en deux sections, dont la première aurait pour but de prouver que l'article 2119 C. C., doit être interprété dans son esprit et non dans sa lettre.

En effet, par ces opinions, il appert que certains de nos confrères et des plus distingués sont d'avis que cet article doit être interprété à la lettre. Or, si leur prétention est bien fondée, que nous servirait-il d'établir, même de la manière la plus convaincante possible, que la pensée du législateur a été toute autre que celle qui resulte strictement des mots dont il s'est servi pour l'exprimer ?

Et ce but sera atteint, croyons-nous, si nous parvenons à refuter les arguments apportés par les auteurs des opinions dont il vient d'être parlé, soit à l'appui de leur prétention soit pour établir qu'il y a de bonnes raisons à apporter au soutien de la théorie contraire à la nôtre.

Nous allons donc essayer de le faire. Ces arguments quels sont-ils ?

Les voici, nous les répétons : "*L'article* 2119, est-il dit dans l'opinion donnée par M. Sirois, l'un des savants professeurs de L'Université Laval à Québec, *est exhorbitant du droit commun.* "*Il impose une obligation et l'infraction de cette* "*obligation est punie par une pénalité* "*dommages-intérêts.*" "*D'après une règle d'interprétation parfaitement admise,* "*les obligations de cette nature doivent être interprétées* "*d'une manière restrictive, on ne les doit appliquer qu'au* "*cas particulier et ne pas les étendre d'un cas à un autre.* "*Or, en étendant l'obligation du notaire de faire nregistrer* "*la tutelle à l'obligation de faire enregistrer l'hypothèque* "*légale, l'on déroge à cette règle d'interprétation, etc., etc.*

"*La clause pénale que contient l'art.* 2119 *C. C.*, dit une

" de ces opinions, celle de l'honorable F. G. Marchand, *étant* " *de droit étroit, ne peut s'étendre audelà des termes mêmes* " *de l'article et ne s'applique qu'aux mots " tutelles "* et "*curatelles," dans leur signification ordinaire.*

" Une troisième opinion, celle de notre distingué confrère, " de Contrecœur, M. Z. Mayrand, dit : les mots *tutelles et* " *curatelles ne doivent* pas s'étendre à l'hypothèque légale, " pour les motifs suivants :

" 1o *Parcequ'une loi pénale est de droit strict et étroit et ne* " *doit jamais s'interpréter dans un sens large : si l'on observe* " *cette règle de droit envers les vulgaires criminels, pourquoi* " *serait-on plus sévères envers ces pauvres notaires !*

" Et une quatrième opinion enfin, qui a pour auteur l'un " de nos confrères les plus compétents, de Montréal, M. H. " A. A. Brault, répond : non ; à notre question. Car, y est-il " exprimé, *bien qu'il a pu être dans la pensée du législateur,* " *que le notaire devait simultanément assurer les effets de* " *l'hypothèque légale au profit des mineurs et de l'interdit,* " *sa pensée n'est pas suffisamment définie......pour y trouver* " *une prescription impérieuse qui oblige le notaire à voir à* " *plus qu'à l'enregistrement de la tutelle.*"

N'est-ce pas, qu'il ressort des paroles qui précèdent, que ceux de nos confrères qui interprètent l'article 2119 C. C., à la lettre, se fondent sur ce que tel article contient une loi *pénale* ou une loi *exhorbitante* du droit commun et que telles lois ne sont pas susceptibles d'*extension* ?

Il pourrait donc paraître naturel au lecteur, que pour parvenir à refuter nos adversaires, nous devrions commencer par nous demander si réellement la loi en question doit être rangée dans la catégorie des lois ordinaires ou dans celle des lois pénales ou exorbitantes. Nous n'en ferons rien, cependant ; car, pour nous, *que cette loi soit placée dans le câdre des lois " ordinaires " ou dans celui des lois " pénales," " exceptionnelles " ou "exorbitantes," nous soutenons qu'elle doit quand même être interprétée selon la règle que pose le code lui-même, dans son article* 12ème, *qui se lit comme suit :*

" Art. 12—*Lorsqu'une loi présente du doute ou de l'ambi-*

" *guité, elle doit être interprétée de manière à lui faire rem-*
" *plir l'intention du législateur et l'objet pour lequel elle a*
" *été passée.*"

La preuve de cet avancé, refutera nos adversaires en établissant notre proposition.

Faisons cette preuve.

D'abord, si cette loi est une loi *ordinaire*, la question est toute tranchée, n'est-ce pas ?

Et si elle est *pénale ou exceptionnelle*, qu'est-ce qui empêche qu'elle ne subisse la règle posée en l'article 12 C. C ?

Le fait qu'un principe bien établi en droit, nous l'admettons avec nos adversaires, défend de se servir de l'*interprétation extensive* relativement à ces sortes de lois ?

Mais n'est-il donc pas permis d'interpréter une loi,qu'elle soit *pénale* ou *exceptionnelle*, autrement que par sa lettre, sans nécessairement l'étendre ?

Ne pouvons nous pas chercher la signification des mots qui expriment ces sortes de lois ?

Le législateur a-t-il donc voulu qu'au sujet de ces lois, nous fussions dispensés de nous rendre compte de ce qu'il a pu vouloir dire quand il ne s'est pas exprimé clairement ?

Evidemment non !

Et nous n'avons pour nous en convaincre, qu'à ouvrir le premier traité venu, sur l'interprétation des lois.

En effet, tous les auteurs admettent l'*interprétation déclarative*, que comprend la règle posée en l'art. 12ème précitée, laquelle nous impose l'obligation de rechercher, dans *toutes lois*, la signification que le législateur a voulu attacher aux mots dont il s'est servi pour les formuler. L'on se sert, disent les auteurs, de l'interprétation *extensive*, quand le législateur a choisi les termes propres pour exprimer ses idées, mais que ces termes sont insuffisants pour les rendre toutes ; de la *déclarative* quand le législateur a employé des termes impropres pour exprimer sa pensée. Il est donc évident, d'après cela, que, pour le cas qui nous concerne, nous devons avoir recours à *l'interprétation déclarative* seulement, puisqu'il s'agit tout simplement de savoir ce que signifient, dans l'art. 2119, les termes " *tutelles* " et " *curatelles*."

Le lecteur désire-t-il avoir la preuve que cette *interprétation déclarative* est admise et qu'elle consiste en ce que nous venons d'indiquer ?

Qu'il s'éclaire avec nous aux lueurs de l'excellent traité sur l'interprétation des lois, de *Mailher de* Chassat.

Voici ce que cet auteur dit, aux pages 205 et suivantes de son traité, sous le titre : *Interprétation déclarative.*

" L'interprétation déclarative a pour objet d'exposer le " sens naturel et régulier de la loi ; elle est l'interprétation " proprement dite [1] ; celle qui nous donne le sens de la " loi par le moyen de l'extension ou de la restriction des " termes, n'est appelée qu'improprement interprétation [2].

" L'interprétation déclarative a lieu dans tous les cas ; car " on a toujours besoin de connaître le sens de la loi. Elle est " la plus naturelle, car elle n'ajoute ni ne retranche rien au " texte ; elle est même considérée comme virtuellement dans " le texte [3]. De là la conséquence que, lors même que la " loi aurait défendu toute espèce d'interprétation, celle-là " serait encore permise [4] ; car il n'est au pouvoir d'aucune " loi de décider qu'on ne s'assurera pas du sens qu'elle ex- " prime [5]. De là le principe que toutes les conséquences " que l'on fait résulter d'une loi par l'interprétation déclara- " tive, sont censées exprimées dans la loi [6].

" On la définit : *explication régulière des mots équivoques,* " *ambigus ou obscurs, de locutions douteuses, ambigues ou* " *obscures* [7]."

---

(1) Simon de Praet. de interpr. ult. volunt.—Chassanus, ad conseretred.—Burggund. in conclus. consuet. versic. interpretans, No. 7.

(2) Everhrard, loc. arg. leg. 79, No 4.

(3) L. heredes palam 21, S. 1, ff. de testam.

(4) Bald. in L. 1 Cod.—Bartol, in omnes populi 9, ff. de justit, et jure.

(5) Simon de Praet. ibid.

(6) Bologuet, att. tit. de verbor, oblig.

(7) Sim. de Praet, lib. 1, fol. 9, col. 2, No. 9.

" On fait spécialement usage de l'interprétation déclarative,
" 1o Lorsque les mots sont obscures, équivoques ou ambigus ;
" 2o Lorsque les mots étant clairs, le sens de la loi est obs-
" cur, équivoque ou ambigu ; 3o Lorsque les mots et le
" sens sont obscurs en même temps.

" Mais d'où naissent les obscurités du discours, et comment
" connaître la pensée de la loi ?

" Les obscurités du discours naissent ou de l'ambiguité des
" mots ou de la construction vicieuse et ambigue de la phrase
" ou de l'incertitude de la matière. Il y a ambiguité dans
" les mots toutes les fois qu'un ou plusieurs mots expriment
" plusieurs sens.

" *La première règle à suivre dans ce cas est de n'abandon-*
" *ner la signification propre des mots, que lorsqu'il est évi-*
" *dent que le législateur s'en est écarté.*

" *Mais lorsqu'il est constant que le législateur a voulu*
" *s'écarter du sens propre des mots, il faut s'attacher au sens*
" *qu'il leur a donné ; car c'est là qu'est sa volonté.*"

N'avons nous pas la preuve, dans ce qui précède, que notre article 12 C. C., comprend *l'interprétation déclarative* et que nous devons nous en servir à l'égard de toutes sortes de lois : *pénales exhorbitantes* ou *exceptionnelles*, et que notre art. 2119, C. C. qu'il comporte la loi que l'on voudra, est soumis à la règle commune ?

Et, s'il en est ainsi, ne devons-nous pas l'interpréter de façon à lui faire rendre les effets qu'en attend le législateur au lieu de nous en tenir à sa lettre ?

Nos adversaires voudraient-ils quand même soutenir que nous étendons cette loi, lorsque nous attachons aux mots *tutelles* et *curatelles* qu'elle contient, le sens de hypothèques légales du mineur ou de l'interdit ?

Si oui, nous leur répondons que l'extention, dans le cas qui nous occupe, est parfaitement permise, même si l'art. 2119 C. C., édicte une loi *pénale* ou *exhorbitante !*

En effet, si le principe sur lequel s'appuient nos adversaires,

qu'expriment la maxime : *Odia restringenda, favorabilia amplianda* (l. 19 ff. de lib. et posth.) et qui défend l'*interprétation extensive* à l'égard des lois pénales ou exorbitantes est bien établi et est admis de tous, il n'en est pas moins constant, que la règle qui en découle, de l'aveu de tous les auteurs, souffre de nombreuses exceptions et qu'au nombre de celles-ci, il s'en trouve une que tous reconnaissent et que nous pouvons parfaitement appliquer à l'art. 2119 C C.

Quelle est cette exception? *Mailher* de Chassat, à la page 168 de son traité déjà cité, après avoir admis le principe dont il vient d'être parlé, nous la donne en ces termes :

" *La règle cesse et l'extension a lieu, lorsqu'il s'agit d'em-*
" *pêcher que la loi ne soit illusoire :* la Clementine lère
" prononçait des peines contre ceux qui ensevelissaient les
" usuriers dans des cimetières ; on étendait avec raison cette
" disposition à ceux qui les ensevelissaient dans les églises ;
" car il y avait motif plus fort. Si l'on n'eut pas donné exten-
" sion à la loi dans ce sens, elle devenait illusoire."

Si, donc, notre art. 2119 C. C., édictait une loi pénale ou exorbitante, il devrait être interpreté selon l'interprétation extensive, pourvu que la chose fut nécessaire pour empêcher telle loi de devenir illusoire !

Et n'est-il pas vrai que si l'on n'attache au mots "*tutelles*" et "*curatelles*" de l'art. 2119 C. C., le sens de "*hypothèques légales, du mineur ou de l'interdit,*" cet article n'a aucune signification et que la loi qu'il formule est inutile, sans effet et illusoire ?

Nous concluons donc de tout ce qui précède, que l'art. 2119 C. C. ne peut pas être interprêté à la lettre, puisque l'art. 12 C. C. nous défend de le faire si la lettre n'exprime pas l'intention du législateur et qu'il faut selon les prescriptions de cet art. 12ème en chercher le sens, c'est-à-dire l'interpréter daus son esprit de façon à lui faire rendre le but du législateur etc. ; et c'est ce qui fait l'objet de la section suivante de ce travail.

SECTION II (1)

Les mots " tutelles " et " curatelles " employés dans l'article 2119 C. C. y sont synonymes de " hypothèques légales du mineur ou de l'interdit."

> *Une des meilleures méthodes générales d'interprétation consiste à rechercher les raisons ou motifs de la loi.*
>
> *Le motif de la loi retrace le but du législateur.*
>
> *Le motif de la loi en est l'âme, et est, par suite, toute la loi.*
>
> MAILHER DE CHASSAT.

Ainsi que nous croyons l'avoir démontré dans la 1ère section de ce travail, l'article 2119 C. C. ne doit pas être interprété à la lettre, mais dans son esprit. C'est l'intention du législateur (*mens legis*) que l'on doit y chercher.

Quelle a donc été l'intention du législateur en édictant la loi contenue en cet article 2119 C. C. ?

Nos codificateurs nous l'apprennent par les remarques qu'ils ont faites à son sujet dans leur rapport.

Ces remarques se lisent comme suit :

L'art. 30 (2119 C. C.) *dans l'intérêt des mineurs et interdits*, oblige les notaires, quand ils sont appelés à la confection d'inventaires, de constater et de procurer au besoin l'enregistrement des tutelles et curatelles.

Art. 30 (2119 C. C.) *in the interest of minors* and interdicted persons obliges notaries, when called upon to prepare inventories, to ascertain that the tutorships or curatorships have been registered, and if necessary to obtain such registration.

---

(1) La première partie de cette étude ayant été livrée au public, à notre insu et malgré notre défense, puisqu'elle devait être révisée et ne paraître qu'en même temps que cette seconde partie, nous prions le lecteur de nous excuser pour les fautes qui y pullulent et d'en faire porter la responsabilité au véritable coupable, quel qu'il soit.

C'est donc dans l'intérêt des mineurs et des interdits que l'art. 2119 C. C., qui est de droit nouveau, a été introduit dans nos lois, lors de leur codification, par les rédacteurs du code ?

Protéger le mineur et l'interdit : voilà donc le but que nos codificateurs se sont proposé d'atteindre en formulant cet article ?

Or, si nous prenons les mots "*tutelles* et "*curatelles*" de cet article dans leur sens strict, pouvons-nous lui faire produire quelqu'effet avantageux pour ces incapables ? Non ! Il faut pour cela leur attacher le sens de "*hypothèques légales du mineur ou de l'interdit* ; " et c'est justement la raison pour laquelle nous avons formulé la proposition qui sert de titre à la 2ème section de ce travail et que nous allons tenter de la prouver.

Nous croirons avoir démontré la vérité de cette proposition, si nous parvenons à établir :

1o *Que l'on ne saurait découvrir un motif raisonnable à la loi qu'édicte l'art.* 2119 *C. C., en attachant aux mots "tutelles" et "curatelles" qui y sont employés, leur sens naturel ; et qu'au contraire, si l'on attribue à ces mots le sens de "hypothèques légales du mineur ou de l'interdit" on lui trouve un motif des plus plausibles ;*

2o *Qu'il était rationnel que le législateur attribuât le sens de "hypothèques légales du mineur ou de l'interdit" aux mots "tutelles" et "curatelles" de cet article, quand il en a parlé au point de vue de l'enregistrement ;*

3o *Que la preuve que le législateur a donné le sens de "hypothèques légales du mineur ou de l'interdit" aux mots "tutelles" et "curatelles" de l'art.* 2119 *C. C. : c'est qu'il a manifestement prêté le sens de "hypothèque légale du mineur" au mot "tutelle" dans l'art.* 267 *du code ;*

4o *Qu'il ressort et jusqu'à l'évidence, de "l'analyse des*

termes mêmes de cet art. 2119 *C. C., que le législateur y a employé les mots " tutelles " et " curatelles " dans le sens de " hypothèques légales du mineur ou de l'interdit ; "*

5o *Enfin que la vérité de notre proposition est confirmée par la réfutation des arguments qu'ont apportés à son encontre quelques-uns de nos confrères, dans les opinions que nous avons citées.*

Procédons à la preuve de ces assertions.

1ÈRE ASSERTION.

L'on ne saurait découvrir un motif raisonnable à la loi qu'édicte l'art. 2119 *C. C., en attachant aux mots " tutelles " et " curatelles " qui y sont employés, leur sens naturel ; au contraire, si l'on attache à ces mots le sens de " hypothèques légales du mineur ou de l'interdit," on lui trouve un motif des plus plausibles.*

Nous venons de voir que cet article 2119 C. C., a été rédigé dans le but de protéger les intérêts du mineur et de l'interdit. Mais en quoi ? Protéger ces incapables contre qui, contre quoi ? Enfin quel est le motif (*ratio legis*) de cette loi ?

Si nous attachons aux mots "*tutelles*" et "*curatelles*" de cet art. leur sens naturel et étroit, l'intention de nos codificateurs : celle d'être utiles aux mineurs et interdits, peut-elle se réaliser ? Pouvons-nous alors découvrir un motif raisonnable à cette loi (*ratio legis.*)

Pas du tout, selon nous ; car l'enregistrement de l'acte de tutelle ou de curatelle, sans affectation hypothécaire sur les immeubles des tuteurs ou curateurs, ne saurait produire plus d'effet que celui d'un *feuillet de cette revue !*

Si, au contraire, nous prêtons à ces mots le sens de "*hypothèques légales du mineur ou de l'interdit,*" oh ! alors, nous découvrons et sans effort un motif des plus plausibles à la loi contenue dans l'article en question.

Quel est ce motif ? *C'est celui d'empêcher que l'hypothèque établie par la loi en faveur du mineur ou de l'interdit sur les immeubles du tuteur ou curateur, ne devienne une garantie purement illusoire.*

En effet, sans enregistrement, cette hypothèque est nulle à l'égard des tiers et, partant, d'une protection nulle ou à peu près, pour le mineur ou l'interdit.

Or, lorsque le législateur a imposé (par les articles 2117 et 2118 C. C.) aux tuteurs et curateurs l'obligation d'enregistrer telle hypothèque, n'avait-il pas raison de craindre que cet enregistrement serait souvent négligé : puisqu'il imposait par là aux tuteurs et curateurs un devoir opposé à leurs intérêts ?

Et, conséquemment, n'était-ce pas de la sagesse de sa part que de prescrire tout de suite un remède contre le mal qu'il prévoyait ?

Et c'est ce qui explique qu'il ait inventé l'art. 2119 C. C. !

Le lecteur trouve-t-il ce motif plus ingénieux que fondé ?

Nous allons le convaincre du contraire.

Ce motif que nous prêtons à l'art. 2119 C. C. est plus que naturel, il est *nécessaire*, et l'on n'a, pour s'en convaincre, qu'à remonter à l'origine des lois d'enregistrement, tant en France qu'ici.

Ainsi, en France, le législateur a tellement craint que l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit ne fût jamais enregistrée et que, partant, ces incapables fussent privés de la protection que telle hypothèque avait pour but de leur garantir, s'il en confiait la charge aux tuteurs et curateurs, qu'il n'a pas voulu se fier à eux. Qu'a-t-il fait ? Il a préféré faire une exception et dispenser cette hypothèque de l'enregistrement. C'est ce que Mourlon nous exprime à la page 710 du 3e vol. (11ème édit.) de ses "*Répétitions écrites sur le Code Civil*," en ces termes :

" L'hypothèque accordée aux mineurs et interdits eût " été une garantie illusoire, si on l'eût soumise à la for- " malité de l'inscription : car ces personnes étant, en fait, " incapables de faire des actes conservatoires de leurs " droits, cette inscription n'eût jamais été prise."

Et, pour rester dans notre pays, le rédacteur de l'ordonnance d'enregistrement promulguée par la 4e Vict. n'avait-il pas pressenti le même danger et n'avait-il pas imaginé un moyen de le parer ?

Il suffit, pour s'en persuader, de lire la section XXII de l'ord. précitée : ce monument impérissable de la mauvaise rédaction de nos lois, dont sir Louis Hypolite Lafontaine avait cru devoir faire une analyse afin de la rendre compréhensible pour ses contemporains. Voici cette section :

XXII. " Et qu'il soit de plus ordonné et statué, qu'il " sera obligatoire depuis et après le jour auquel cette " ordonnance aura force et effet, pour chaque subrogé " tuteur d'un mineur ou de mineurs, pour les *parents " et amis qui* après le dit jour *auront concouru* à l'élec- " tion d'aucun tuteur, ou gardien de tel mineur ou " mineurs de veiller à ce qu'il ait été enregistré, à " l'instance du dit tuteur, un sommaire des hypo- " thèques de tel mineur ou mineurs, sur les terres et " tènements, et héritages, propriétés réelles ou immo- " bilières du dit tuteur, tel que prescrit par cette " ordonnance, et, à défaut de tel enregistrement, de " faire enregistrer sans délai, de la manière prescrite " par cette ordonnance, un sommaire des dites hypo- " thèques.

" Et si aucun subrogé tuteur, et les *dits parents et " amis* manquent de *remplir* ce devoir, *il et ils seront " conjointement et séparément responsables de tous les dom- " mages qui pourront être soufferts sous ce rapport par le " dit mineur ou mineurs.* Et depuis et après le dit jour

" *il sera aussi obligatoire pour les parents et amis qui* " *après le dit jour auront concouru à l'élection d'un cura-* " *teur à une personne ou des personnes interdites,* de veil- " ler à ce qu'il *ait été enregistré, à l'instance du dit* " *curateur, un sommaire des hypothèques de telle personne* " *ou personnes interdites, sur les terres, ténements et héri-* " *tages, propriétés réelles ou immobilières du dit cura-* " *teur, tel que prescrit par cette ordonnance, et, à défaut* " *de tel enregistrement, de faire enregistrer sans délai, de* " *la manière prescrite par cette ordonnance, un sommaire* " *des dites hypothèques. Et si tels parents et amis man-* " *quent de remplir ce devoir, ils seront conjointement et* " *séparément responsables de tous les dommages qui pour-* " *ront être soufferts à cet égard par le dit interdit ou les* " *dits interdits.*"

N'est-il pas évident que, par cette section, le rédacteur de l'ordonnance a voulu protéger le mineur ou l'interdit contre son tuteur ou curateur ? qu'il a voulu empêcher par là l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit de devenir une garantie illusoire ?

Malheureusement le moyen qu'il avait inventé n'a guère réussi ; puisqu'il arriva que personne ne voulut plus faire partie d'un conseil de famille et que la 12ème Vict. dut rappeler les dispositions qui l'établissaient. Le danger prévu par le rédacteur de la dite ordonnance existait en conséquence encore lors de la codification de nos lois et c'est pourquoi, selon nous, nos codificateurs ont inventé un nouveau moyen de le parer, en imposant au *notaire* l'obligation qu'il avait précédemment imposée aux parents et amis : celle d'enregistrer l'*hypothèque légale du mineur ou de l'interdit.* Et voilà le motif qui a inspiré la loi contenue dans l'art. 2119 C. C ! Et ce motif n'est-il pas plausible ?

2ÈME ASSERTION.

Il était rationnel et logique que le législateur se servît des mots " tutelles " et " curatelles " dans le sens de " hypothèques légales du mineur ou de l'interdit " en parlant de celles-ci à l'endroit de l'enregistrement.

La loi a créé une hypothèque en faveur des mineurs et des interdits sur les immeubles de leurs tuteurs ou curateurs au montant du reliquat de compte. Mais telle hypothèque n'existe évidemment qu'en puissance (*in potentiâ*) tant que tels mineurs ou interdits n'ont pas été pourvus de tuteurs ou curateurs. Ce n'est que du moment où la tutelle prend naissance que telle hypothèque existe (*in actu*) réellement.

Conséquemment, quel est le titre à cette hypothèque : c'est l'acte de tutelle ou de curatelle !

Et de même que nous appelions avant l'établissement de nos lois d'enregistrement et avec raison : *obligation* (notariée), l'hypothèque (conventionnelle) ; de même nous appelions *tutelle*, l'hypothèque (légale du mineur) ; car alors ces titres non seulement donnaient naissance à ces hypothèques, mais encore leur conservaient leur entier effet par leur propre vertu, (*erga omnes*), vis-à-vis de tous.

Lorsque le législateur institua nos lois d'enregistrement par la 4e Vict., il prescrivit l'enregistrement de toutes les hypothèques, sous peine de nullité *vis-à-vis des tiers*. Et il indiqua que pour parvenir à tel enregistrement l'on devait produire aux bureaux d'enregistrement, les titres à telles hypothèques : soit l'obligation notariée, pour l'hypothèque conventionnelle ; et la tutelle (acte de nomination de tuteur), pour l'hypothèque légale ; etc., etc.

La 23ème Vict. vint plus tard et, pour consacrer d'une manière absolue le principe de la spécialité de l'hypothèque légale, ajouta à l'obligation de faire

enregistrer telle hypothèque, celle de faire, ou dans la tutelle ou par avis postérieur, la description des immeubles sur lesquels cette hypothèque devait porter.

Mais ces lois, dans notre humble opinion du moins, n'ont pas pu avoir pour résultat de porter atteinte à la constitution de l'hypothèque légale ! leur effet n'a pu être autre que celui d'imposer des formalités de l'exécution desquelles dépendrait l'*effet de l'hypothèque légale* vis-à-vis des tiers !

Conséquemment, comme autrefois, le fait générateur du droit à l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit : c'est la *tutelle* ou la *curatelle* !

Et, comme autrefois, rationnellement on peut dire : ma tutelle me donne droit à l'hypothèque sur les immeubles de mon tuteur Pierre ; ma tutelle, c'est mon hypothèque légale ; je ferai enregistrer ma tutelle (pour je ferai enregistrer mon hypothèque légale) quand mon tuteur sera dans telle et telle condition de fortune, etc.

Et c'est avec raison que nos codificateurs pouvaient se servir de ce mot dans tel sens.

Le législateur en attribuant à ces mots "tutelles" ou "curatelles" le sens dont nous venons de parler, agissait logiquement aussi, puisqu'il a employé, au titre de l'enregistrement, le mot qui désigne le titre aux droits sujets à enregistrement, comme équivalent de celui qui sert à désigner tels droits V. G. testament : pour l'hypothèque qu'il contient ; Contrat de mariage : pour la donation qu'il comporte, etc, peut-être cent fois. Pourquoi n'aurait-il pas fait la même chose relativement à l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit ?

Et, en effet, il fallait bien qu'il indiquât ce qu'il y y aurait à produire au bureau d'enregistrement pour donner effet à ces droits ! Et comment le faire, dans bien des cas, sans nécessairement prescrire l'enregistre-

ment du titre à ces droits ? Pour constater si ce que nous avançons est vrai, que le lecteur relise les art. 2083, 2090, 2097, 2098, 2100, 2101, 2121, 2122, 2123, 2124, 2127, 2128 et 2129 C. C. etc.

3ÈME ASSERTION.

Une preuve que nos codificateurs ont pu dans l'article 2119 *C. C., employer les mots " tutelles " et " curatelles " comme équivalents de " hypothèques légales du mineur ou de l'interdit," c'est qu'ils ont manifestement donné le sens de " hypothèque légale du mineur " au mot " tutelle " dans l'art.* 267 *du Code.*

Si, dans l'esprit de nos codificateurs, le mot " *tutelle* " n'équivalait pas aux mots " *hypothèque légale du mineur,*' comment se fait-il qu'aux termes de l'article 267 C. C., nous lisions :...... " *les fonctions du subrogé tuteur consistent à voir à ce que l'acte de tutelle soit enregistré,*" *etc ?*

Comment cela se fait-il, disons-nous, quand nos codificateurs eux-mêmes nous indiquent, par leurs références au pied de cet article, que la phrase que nous venons de citer a pour but de reproduire la section 31 du ch. 37 des S. R. B. C., qui se lit comme suit :

" Tout subrogé tuteur d'un mineur sera tenu de " constater si les *hypothèques légales du mineur sur les* " *immeubles de son tuteur ont été enregistrées* soit par " sommaire, soit au long, tel que prescrit par cet acte, " *et si elles ne l'ont pas été, de les faire enregistrer sans* " *délai*, et si le subrogé tuteur néglige de remplir ce " devoir, il sera passible de tous dommages qui pour- " ront en résulter pour le dit mineur "?

Peut il y avoir évidence plus complète que nos codificateurs ont entendu dire, par " *tutelle* " : " *hypothèque légale du mineur,*" dans cet art. 267 C. C. ?

Et s'il en est ainsi, n'y a-t-il pas présomption qu'ils

ont attribué le même sens au même mot dans l'art. 2119 C. C., si ce mot, dans tel article, pris à sa lettre, n'exprime absolument rien ?

4ème ASSERTION.

Il ressort et jusqu'à l'évidence de l'analyse des termes mêmes de l'art. 2119 C. C., que le législateur y a employé les mots " tutelles " et " curatelles " dans le sens de " hypothèques légales du mineur ou de l'interdit."

Il importe, avant de présenter au lecteur les arguments destinés à établir cette proposition, de lui faire relire avec nous, et dans les deux textes, ce fameux article 2119 C. C., afin qu'il en remarque *bien* les termes. C'est pour cela que nous le reproduisons.

Relisons-le.

2119. [Tout notaire appelé à faire un inventaire est *tenu de voir* à ce que les *tutelles* des mineurs et *curatelles* des interdits intéressés dans cet inventaire, soient *dûment* enregistrées, et d'en *procurer au besoin l'enregistrement aux frais des tuteurs* et *curateurs*, avant de procéder à l'inventaire, *à peine de tous dommages-intérêts.*]

2119. [Every notary called upon to make an inventory is *bound to see* that the *tutorships* of the minors, or the *curatorships* of the interdicted persons interested in such inventories are *duly* registered, and, *if necessary, to cause such registration* to be effected *at the expense of such tutors* or *curators* before proceeding with the inventory, *on pain of all damages.*]

Nous avons souligné les mots de cet article qui vont nous fournir les arguments au soutien de notre assertion.

ARGUMENT I

L'art. 2119 C. C. dit : Tout notaire appelé à faire un inventaire est *tenu de voir* à ce que les tutelles des mineurs et les curatelles des interdits...... soient... enregistrées, etc.

N'est-il pas vrai que ces mots : *tenu de voir*, laissent supposer que la loi a précédemment dans le Code imposé à quelqu'un l'obligation d'enregistrer les tutelles et curatelles des mineurs et interdits ? En effet, si le notaire est tenu de constater si telle chose a été faite, c'est que celle-ci devait être faite par un autre que lui !

Or, que les tuteurs ou curateurs aient été obligés par la loi, d'enregistrer l'hypothèque légale des mineurs et interdits, la chose est facile à constater : les deux articles qui précèdent immédiatement l'art. 2119 C. C. le disent en ces termes :

" Art. 2117. Tout tuteur à des mineurs et tout " curateur à un interdit est tenu de faire enregistrer " sans délai les hypothèques dont leurs immeubles " peuvent être grevés en faveur de ces mineurs ou de " l'interdit, sous les peines portées contre le mari en " l'article 2113.

" Art. 2118. Les subrogés tuteurs sont tenus de " veiller à ce que l'enregistrement requis en faveur " du mineur soit effectué, et à défaut de le faire, sont " passibles de tous les dommages qui peuvent lui en " résulter."

Mais que quelqu'un ait reçu, de par le code, l'obligation de faire enregistrer la *tutelle* ou la *curatelle*, personne ne le peut prétendre ; car la chose n'existe pas.

Pour donner un sens, donc, aux mots soulignés, il faut nécessairement prêter celui de *" hypothèques légales du mineur ou de l'interdit "* aux mots *" tutelles "* ou *" curatelles "* de l'art. 2119 C. C. !

ARGUMENT II.

Il est dit dans cet art. 2119 C. C., que le notaire sera *tenu de voir* à ce que les tutelles et curatelles soient enregistrées et *d'en procurer au besoin* l'enregistrement.

Que veulent dire ces mots : *procurer au besoin* l'enregistrement ? Le texte anglais est plus clair, il traduit les mots *au besoin* par : *if necessary*. Donc, le notaire devra, si la chose n'est pas encore faite, quand il procédera à un inventaire où seront intéressés des mineurs ou des interdits, faire enregistrer les tutelles et curatelles de ceux-ci, *mais seulement si la chose est nécessaire !*

Or, quand sera-t-il *nécessaire* de faire tel enregistrement ? Si c'est à titre de *tutelle* et de *curatelle* que ces documents doivent être enregistrés, il sera *toujours nécessaire* qu'ils le soient !

Et, partant, le législateur a placé ces mots : *au besoin* (*if necessary*), inutilement, dans cet art., ou bien, les mots *tutelles* et *curatelles* n'y sont pas pris dans leur sens propre !

Si nous adoptons cette dernière hypothèse en attribuant à ces mots le sens de *hypothèques légales*, nous découvrons alors que le législateur n'a pas inutilement placé tels mots dans l'art. en question.

En effet, quand sera-t-il *nécessaire* de faire enregistrer ces hypothèques légales ? *Lorsque le tuteur aura des immeubles !* Dans le cas contraire, tel enregistrement serait ridicule puisqu'il ne produirait même pas l'ombre d'un effet quelconque.

ARGUMENT III.

Le notaire, dit l'art. 2119 C. C., est tenu de procurer au besoin, c'est-à-dire de faire enregistrer quand la chose est nécessaire, les tutelles et curatelles *aux frais des tuteurs et curateurs.*

Pourquoi le notaire aurait-il ainsi un recours au montant des frais de l'enregistrement de la tutelle ou de la curatelle, contre les tuteurs et curateurs, si la loi avait attaché à ces mots dans cet article, leur sens naturel et étroit ? En effet, nous l'avons déjà dit, nulle part dans le code elle n'a imposé aux tuteurs et curateurs l'obligation d'enregistrer les tutelles et curatelles !

Mais si ces mots " tutelles " et " curatelles " signifient *hypothèques légales*, alors il est juste que le notaire s'adresse aux tuteurs et curateurs pour se faire rembourser des frais de tel enregistrement ; car le notaire a alors accompli pour tels tuteurs ou curateurs le devoir que ceux-ci ont manqué de remplir et qui leur résulte des arts. 2117 et 2118 C. C. cités plus haut !

ARGUMENT IV.

L'art. 2119 C. C., impose au notaire l'obligation d'enregistrer les tutelles et curatelles, etc., etc., *sous peine de tous dommages-intérêts.*

Mais, si les mots *tutelles* et *curatelles* sont employés dans leur sens propre, dans cet art., l'enregistrement prescrit ne saurait produire aucun effet, nous l'avons déjà fait remarquer au lecteur ! Le défaut de l'enregistrement des tutelles et curatelles n'eût jamais eu pour effet de causer des dommages aux mineurs ou interdits, conséquemment, les tuteurs et curateurs, pas plus que le notaire, n'eussent jamais pu être appelés à payer des dommages ! Et c'est tellement le cas que les plus logiques parmi ceux de nos confrères qui interprètent l'art. 2119 C. C. à la lettre, en sont venus à la pratique, après s'être fait le raisonnement qui précède, et justement, de ne plus faire enregistrer du tout les tutelles et curatelles, avant de procéder à un inventaire.

Si, au contraire, nous attachons le sens de "*hypothèques légales du mineur ou de l'interdit*," aux mots "*tutelles*" et "*curatelles*" employés dans l'article en question, les dommages-intérêts peuvent être encourus par les tuteurs et les curateurs, les subrogés tuteurs et le notaire, pour avoir manqué aux obligations que leur imposent les articles 2117, 2118 et 2119 C. C. !

Nous pourrions encore arguer des mots *dûment enregistrées* de l'art. 2119 C. C., que nos codificateurs ont employé ces mots pour indiquer que la *tutelle* ou la *curatelle*, devait être enregistrée de façon à lui donner effet, c'est à dire avec description des immeubles des tuteurs et curateurs faite ou dans l'acte de tutelle ou de curatelle ou en dehors d'iceux, dans un avis ; mais ces mots ont pu être employés sans but ; il se peut qu'ils soient des mots de *style ;* nous les laisserons de côté.

Est-il nécessaire de nous demander si les différents arguments qui précèdent font voir que notre assertion 4ème est bien fondée ? Nous ne le croyons pas et nous procédons sans tarder à la preuve de la cinquième assertion annoncée.

5ÈME ASSERTION.

Enfin, la vérité de notre proposition ressort encore de la réfutation des arguments apportés à son encontre, par certains de nos confrères, dans les opinions citées plus haut.

Le plus sérieux de ces arguments est celui de M. le notaire J. Edmond Roy, de Lévis, le brillant écrivain que la province de Québec réclame et à bon droit, comme l'une de ses illustrations littéraires ; que le notariat est tout glorieux et à juste titre, de compter au nombre de ses membres.

Cet argument se résume à ceci :

Si l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit résultait de l'acte de "tutelle" ou de "curatelle" seul, le législateur aurait peut-être pu employer ces mots "*tutelles*" et "*curatelles*" dans le sens de telle hypothèque ; mais il ne suffit pas de la "*tutelle*" ou "*curatelle*" pour produire cette hypothèque.

Il faut deux éléments pour la constituer :

1o *L'acte de tutelle ou curatelle.*

2o *L'avis déclaratoire de l'art.* 2120 *C. C.*

Et M. Roy apporte à l'appui de ce raisonnement le motif suivant :

"Dans le rapport des codificateurs (Vol. III., p. "170), l'article 65 dit que l'hypothèque légale des "mineurs et des interdits *date du jour que le tuteur ou "curateur assume ou doit assumer l'administration.* "C'était l'ancien droit tel qu'il existait ici avant 1860 "et qui fut modifié par 23 Vict., c. 59, s. 19. Nos "législateurs ont conservé les dispositions du 23 "Vict., retranché l'art. 65 du projet des codificateurs, "et déclaré que l'hypothèque légale des mineurs ou "interdits ne date que de l'enregistrement de l'avis. "*C'est une preuve bien évidente que l'acte de tutelle seul "ne constitue pas les éléments nécessaires pour créer "l'hypothèque légale.*"

La preuve, donc, selon M. Roy, que l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit ne résulte pas de la tutelle ou curatelle seulement : c'est que notre code décrète *que l'hypothèque légale des mineurs ou interdits ne date que de l'enregistrement de l'avis* mentionné dans l'art. 2120 C. C. en ces termes : "*et l'hypothèque ne date que de tel enregistrement !* "

Que le législateur ait prononcé ou plutôt écrit ces paroles, nous ne le nierons pas. Seulement, nous avons bien le droit de nous enquérir du sens de ce mot : *ne date* que de l'enregistrement ! Ce mot signifie-

t-il que l'hypothèque ne devient réelle, existante, n'est constituée que du moment de l'enregistrement, ou s'il veut dire que l'hypothèque n'aura d'*effet* que de l'heure où elle aura été enregistrée ?

Nos codificateurs vont nous renseigner eux-mêmes, sur ce point, par leurs remarques sous l'article 65, dont parle M. Roy.

Voici ces remarques :

" L'article 5 fixe l'époque où elle *prend effet* (l'hypothèque) et la restreint aux tutelles et curatelles conférées dans le Bas Canada."

" Article 5 fixes the period at which it *takes effect* (the hypothec), and restricts it to tutorships and curatorships conferred in Lower Canada."

Par l'art. 65 du projet de code, le législateur avait donc pour but de déterminer le moment où l'hypothèque (qui existait déjà *in actu*), *prendrait son effet !*

Partie de cet article 65 qui se lisait comme suit : " *Cette hypothèque date du jour que le tuteur et curateur* " *assume ou doit assumer l'administration, et elle n'a lieu* " *que sur les tutelles et curatelles conférées dans le Bas-* " *Canada*," ne se trouve pas, à la vérité, dans le code : c'est la première (car la dernière est reproduite dans l'art. 2031 C. C.) ; elle a été remplacée par les mots : " *et l'hypothèque ne date qu'à compter de tel enregistrement*, de l'art. 2120. Mais le mot *date* a certainement été employé dans les deux cas, dans le même sens : celui de *effet !*

C'est-à-dire que le législateur dans l'intérêt du public, des tiers qui ont besoin de constater par le bureau d'enregistrement, l'état hypothécaire des immeubles, a prescrit l'enregistrement de toutes les hypothèques, mêmes légales, et a suspendu, pour atteindre ce but, l'effet de telles hypothèques jusqu'au moment de leur enregistrement.

Et la chose ressort, ce nous semble, d'une façon non douteuse, de l'emploi que fait le législateur lui-même du mot "*hypothèque*" quand il prescrit l'enregistrement de cette "*hypothèque légale !*" Si elle n'existait pas encore avant son enregistrement, il ne se servirait pas de ce mot dans cet art. 2120 lui-même ! D'ailleurs, l'on ne peut enregistrer un droit qui n'existe pas encore, qui n'est qu'en puissance !

L'hypothèque conventionnelle n'existerait-t-elle donc pas quand elle a été consentie devant notaire ? Elle serait donc en puissance jusqu'à son enregistrement ? Nous ne croyons pas que ceci soit soutenable et nous prétendons que l'effet seul des hypothèques est suspendu jusqu'à la date de l'enregistrement : ce qui a pour résultat de ne les rendre utiles contre les tiers que de ce moment ; mais qu'elle existe réellement auparavant.

Conséquence : l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit résultant véritablement de la tutelle ou curatelle, on a le droit d'employer ces mots pour indiquer l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, quand on en parle au point de vue de l'enregistrement.

* * *

M. Léandre Bélanger, le savant et studieux président du "Cercle des Notaires," nous dit, dans son opinion précitée, que l'article 2119 C. C., pas plus que le 2ème § de l'ancien article 304 C. C., n'a prescrit l'enregistrement de la tutelle ou de la curatelle avec effet hypothécaire : "*Ni l'un ni l'autre*, dit-il, *n'ayant obligé l'avo-*
"*cat ou le notaire à donner l'avis mentionné en l'article*
"2120 *C. C., évidemment parce que la chose était pres-*
"*qu'impossible en pratique.* Et il conclut : *que le législa-*
"*teur, considérant l'inutilité de l'enregistrement pur et*
"*simple de la tutelle, a rappelé le second paragraphe de*

" *l'art.* 304, *mais qu'il aurait dû rappeler, du même coup,*
" *l'art.* 2119 *C. C., y ayant parité de raison dans les deux*
" *cas.*"

N'est-il pas vrai que M. Bélanger fait là un argument *a priori* en notre faveur? Le législateur ne savait-il pas, en effet, lors de la codification de nos lois, comme aujourd'hui, que l'enregistrement de la tutelle ou curatelle, sans affectation hypothécaire, est sans effet ?

Pourquoi alors si nos codificateurs n'ont pas prêté à ces mots le sens des hypothèques légales du mineur ou de l'interdit, dans ces articles, auraient-ils reproduit le premier de ces articles, de la 4e Vict. et inventé le second, dans le but d'être utiles aux incapables, selon qu'ils le déclarent eux-mêmes dans leur rapport ?

Pour ce qui est de la difficulté ou de l'impossibilité dont parle M. Bélanger, pour l'avocat ou le notaire de découvrir les immeubles des tuteurs ou curateurs, existe-t-elle réellement ?

Nous doutons fort que les propriétaires d'immeubles qui ont des jugements contre eux soient tous de l'opinion de M. Bélanger à cet égard !

D'ailleurs, que l'article 304, § 2, ait été rappelé comme inutile, cela ne prouve pas nécessairement que le législateur n'avait pas attaché le sens de " *hypothèque légale* " au mot " *tutelle* " qui y était employé ! mais simplement que l'interprétation qu'on lui a donnée, dans la pratique, comme on l'a fait souvent au sujet de l'art. 2119, était celle de tutelle !

Et cette interprétation n'était peut-être pas la véritable !

Si l'avocat s'était inspiré des sections I, X et XXIV de la 4e Vict., peut-être n'eût-il jamais fait enregistrer avant de prendre une action au nom du tuteur, en telle qualité, l'acte de tutelle alors que tel tuteur n'aurait pas eu d'immeubles, (ce qui arrivait dans les

4/5 des cas); et peut-être aussi l'eût-il enregistré avec effet hypothécaire quand tel tuteur aurait possédé des immeubles ! En effet, n'était-ce pas l'intention du législateur, en ordonnant au tuteur d'enregistrer la tutelle avant de poursuivre au nom du mineur, de lui imposer l'obligation d'enregistrer l'hypothèque légale de tel mineur; afin que la somme de deniers perçue au moyen de telle action ne fût pas dissipée par le tuteur sans que le mineur n'ait plus tard chance de recouvrement ? Et si telle interprétation eût été donnée à cet article 304 § 2, peut-être se trouverait-il encore dans le code, pour le bénéfice du mineur ! D'ailleurs cet article 304 C. C. pouvait être retranché du code pour d'autres motifs que celui donné par M. Bélanger. Ainsi, M. Beaudry, de Varennes, l'érudit auteur du "*Questionnaire annoté du Code Civil*," dit à la page 470 du premier volume de son ouvrage, au sujet du 2e § de cet art. 304 C. C. : "Disposition absurde et inique qui punit dans la per-"sonne du mineur une négligence de son tuteur. "Voyez les effets désastreux de cette disposition. Il "est dû au mineur une somme de $1,000.00 ; c'est "toute sa fortune, et cette dette est l'une de celles "qui sont sujettes à une prescription de courte durée "(art. 2269) laquelle n'a pas besoin d'être plaidée aux "termes de l'art. 2267. Le 6 janvier cette créance sera "prescrite. Le tuteur poursuit le débiteur le 5 jan-"vier, mais l'acte de tutelle n'ayant pas été enregis-"tré, son action est renvoyée et les droits du mineur "sont perdus. On objectera que le mineur en ce cas "pourra exercer son recours contre le tuteur; c'est "vrai, mais si le tuteur n'a rien, le mineur aura le "chemin pour partage."

N'est-ce pas que les inconvénients que cet article présentaient, tels qu'indiqués par M. Beaudry, étaient plutôt de nature à le faire rappeler, que toute autre

raison, étant donné que l'on attachait généralement au mot "*tutelle*" de cet article son sens naturel ?

En tous cas, quel qu'ait été le motif de l'art. 304, nous croyons avoir démontré quel est celui de l'art. 2119 et il était tout autre que celui de faire une loi nulle et nous osons prétendre que des arguments apportés à l'appui des cinq assertions que nous avons plus haut formulés, il ressort que les mots "*tutelles*" et "*curatelles*" employés dans l'art. 2119 C. C., y sont synonymes de "*hypothèques légales du mineur ou de l'interdit.*"

CONCLUSION.

Si nous avons démontré à la satisfaction du lecteur, (ce que nous espérons avoir fait), dans la première section de ce travail, que la loi contenue en l'article 2119 C. C. doit être interprétée dans son esprit et non dans sa lettre ;

Si nous l'avons aussi convaincu qu'il résulte de l'esprit de cette loi, qu'il faut attacher aux mots "*tutelles*" et "*curatelles*" du dit article 2119 C. C., le sens de "hypothèques légales du mineur ou de l'interdit ;"

Il devra nécessairement conclure, avec nous, que :

Le notaire est tenu, avant de procéder à un inventaire où sont intéressés des mineurs ou des interdits, de faire enregistrer les hypothèques légales de ces incapables sur les immeubles de leurs tuteurs ou curateurs, aux frais de ces derniers, sous peine de dommages-intérêts, si la chose n'est pas alors encore faite.

***

Mais, cette conclusion de notre étude serait-elle juste et saine, rendrait-elle la pensée qui a présidé à la confection de la loi édictée par l'article 2119 C. C., ne pourrait-on pas et naturellement se demander si

cette loi ainsi interprétée est praticable ? si elle peut être appliquée sans nuire au crédit de la propriété foncière, ou aux intérêts des tuteurs ou curateurs comme à ceux du notaire ?

Nous croyons qu'il est légitime pour quiconque étudie cet art. 2119 C. C. superficiellement, de se poser cette question, si nous en jugeons par nous-même ; car, nous admettons qu'avant d'avoir approfondi cette loi, nous nous étions arrêté à cette pensée. Et c'est tellement le cas, que nous nous étions proposé de suggérer, dans la conclusion de cette étude, un moyen d'amender cet art., ce fameux art. 2119 C. C., de façon à diminuer les responsabilités en résultant non seulement pour le notaire mais encore pour les tuteurs et curateurs, tout en sauvegardant les intérêts des mineurs et interdits. Un examen plus attentif, une considération plus sérieuse de cet art. 2119 C. C., nous a, pourtant, depuis fait redresser notre opinion à cet égard et nous en sommes à penser maintenant, que cet article, *tel qu'il est, mais interprété comme nous l'avons fait plus haut, non seulement protège admirablement les mineurs et les interdits, mais n'est en rien nuisible soit au crédit de la propriété foncière, soit aux tuteurs ou curateurs, soit au notaire lui-même et au contraire.*

Le lecteur en veut-il la preuve ?

Nous allons tenter de la lui donner.

Cependant, avant de prouver ce que nous venons d'avancer, notons que notre interprétation a ceci d'avantageux : c'est que le notaire, c'est vrai, est tenu de faire enregistrer l'*hypothèque légale du mineur ou de l'interdit*, mais seulement quand les tuteurs et curateurs ont des immeubles (la chose ne peut évidemment pas se faire sans cela) ?

Or, dans une grosse moitié des cas, les tuteurs et curateurs n'ont pas d'immeubles ; conséquence : l'acte de tutelle ne sera plus, dans ces cas, enregistré comme

par le passé, ce qui coupera court à une pratique très peu intelligente de la part du notaire, avouons-le, et épargnera autant de frais inutiles aux incapables.

***

Pour ce qui est du crédit de la propriété foncière et des intérêts des tuteurs ou curateurs, avec l'interprétation que nous donnons à l'art. 2119 C. C. ou plutôt celle que la loi nous impose, il faudra grever les immeubles des tuteurs ou curateurs, des hypothèques légales des mineurs ou des interdits ; mais la chose résulte quand même des art. 2117 et 2118 C. C. ! Et, d'ailleurs, les incapables ont besoin de cette garantie et la loi la veut ! Mais, réellement, l'enregistrement de ces hypothèques serait-il bien nuisible au crédit de la propriété foncière et aux intérêts des tuteurs ou curateurs ? Non, selon nous, et voici pourquoi : N'est-il pas vrai que les fortunes des mineurs ou des interdits sont rarement colossales, en ce pays ? Et les sections XXVI et XXVII de l'ordonnance de la 4ème Vict., ne nous permettent-elles pas de faire limiter ces hypothèques légales par le juge, sur avis du conseil de famille, soit lors de l'élection des tuteurs ou curateurs ou après, au montant voulu pour garantir ces incapables ?

N'est-il pas vrai aussi, que, en tout temps, avec les mêmes formalités, l'on peut transposer d'un immeuble sur un autre telles hypothèques et qu'on peut même les faire disparaître complètement en donnant caution comme l'indique l'art. 1953, 5, C. C. ? Et, partant, cette hypothèque est-elle véritablement si nuisible, soit au crédit de la propriété foncière, soit aux intérêts des tuteurs ou curateurs ? La position des tuteurs ou curateurs (car l'on ferait toujours limiter l'hypothèque sous notre système) serait même meilleure dans bien

des cas en suivant notre interprétation qu'elle ne l'est aujourd'hui ; car, à l'heure qu'il est, la plupart des tutelles ou curatelles sont enregistrées sans affectation hypothécaire, c'est vrai, mais chacun a le droit de produire l'avis dont parle l'art. 2120 C. C. en rapport avec toute tutelle ou curatelle ! Et il peut se faire qu'un rival, un adversaire ou un ennemi, pour empêcher une transaction avantageuse et qui doit se faire vite, fasse enregistrer tel avis et grève, par là, des propriétés de $100,000 peut-être, de l'hypothèque légale d'un mineur ou d'un interdit qui ne possède pas $200.00 ! Sans doute que cette hypothèque pourrait être réduite, mais le temps requis pour les formalités de justice pourrait faire manquer une affaire avantageuse pour le tuteur ou le curateur !

***

Maintenant, pour ce qui regarde le notaire, l'interprétation que nous donnons à ce fameux article 2119 C. C. leur serait elle défavorable ? Ce n'est pas du tout notre avis. En effet, interprété comme nous le voulons, cet art. 2119 n'impose au notaire que l'obligation de découvrir les immeubles des tuteurs et curateurs et de décrire ceux-ci, soit dans la tutelle ou curatelle, soit dans un avis, avant de procéder à inventaire.

Or, si le notaire attribuait aux mots "*tutelles*" et "*curatelles*" le sens de "*hypothèques légales du mineur ou de l'interdit,*" que ferait-il dans la pratique ? Il ferait voir, chaque fois qu'il réunirait un conseil de famille pour l'élection d'un tuteur ou curateur, à ceux qui seraient appelés à telles fonctions, l'importance qu'il y a pour eux de faire limiter l'hypothèque légale au montant des biens des mineurs ou interdits et il ferait la description dans la tutelle même, de

l'immeuble ou des immeubles suffisant à cette garantie ; conséquence : le notaire n'aurait qu'à enregistrer, comme aujourd'hui, l'acte de tutelle et curatelle ; mais beaucoup moins souvent qu'aujourd'hui ; puisque beaucoup de tuteurs n'ont pas d'immeubles. Et puis, même s'il lui fallait donner l'avis mentionné en l'art. 2120, le notaire aurait-il à s'en plaindre ? Découvrir les immeubles des tuteurs ou curateurs, est-ce là chose si difficile, quand l'on a, dans la plupart des cas, qu'à consulter le rôle d'évaluation municipal de la localité où réside le tuteur ou le curateur et que ce rôle est, dans les campagnes V. G., fait et conservé par les notaires eux-mêmes ? D'ailleurs, nous l'avons dit, l'avocat découvre bien, lui, les immeubles des créanciers, quand il a des jugements à enregistrer ! La chose n'est certainement pas plus difficile pour les notaires ! En tout cas, il ne serait pas nécessaire de toujours découvrir jusqu'au dernier les immeubles du tuteur ou curateur ! Ce que veut la loi, c'est la protection du mineur ou de l'interdit ; du moment, donc, que le notaire aurait donné l'avis d'hypothèque sur un immeuble d'une valeur suffisant à la garantie des droits des incapables, il pourrait dormir en toute sécurité !

Non, le fardeau résultant au notaire, de l'article 2119, interprété comme nous l'avons fait, n'est pas si lourd qu'on le croit en certain quartier ; il est même très léger ; puisque, selon nous, cet article confère même des avantages au notaire. N'est-il pas vrai qu'il lui fournit l'occasion de faire des honoraires ?

N'est-il pas vrai qu'il revêt le notaire d'une certaine autorité, qu'il lui confie un rôle qui lui permet d'imposer sa volonté, ou plutôt celle de la loi, dans ce cas, et qu'il a intérêt à ne se pas dépouiller de tel droit, lui qui gémit tous les jours sur la passivité de ses fonctions ?

Pour finir ce trop long travail, nous est-il permis de

penser que l'art, en question, interprété de la façon que nous avons indiquée, loin de n'être utile qu'aux [illegible] pables, sert encore et les intérêts du créan[illegible] priété foncière et ceux des tuteurs ou curateurs et ceux mêmes du notaire ? Nous l'espérons : [illegible] pourquoi nous avons foi que notre interprétation [illegible] l'art. 2119 C. C., si elle est réellement la bonne [illegible] bientôt acceptée de tous, pour l'avantage de tous.

AMÉDÉE BO[illegible],

Notaire,

Secrétaire du C[illegible]

On n'éclaire point l'esprit du juge [illegible] chant qu'à toucher son cœur, mais [illegible] cœur, en éclairant son esprit ; et [illegible] au juge d'autre violence que celle [illegible] *Marche*, p. 87.

Les avocats romains étaient [illegible] personne ; ils se promenaient en [illegible] publique, et chacun venait librement [illegible] —*Ciceron, de Orat*, No. 21.

Que l'avocat n'oublie jamais [illegible] loi, sa religion ; ailleurs, ou [illegible] — *Mallat*, Vol. I, p. 64.

DU PARTAGE ET DE LA LICITATION VOLONTAIRE EN JUSTICE.

Je n'ai que quelques mots à ajouter à l'étude du partage et de la licitation volontaire en justice, que j'ai faite aux pages 186 et suivantes du 1er volume de cette revue ; étude par laquelle je constate avoir répondu d'avance à la réplique, peu concluante, que M. Brodeur a faite aux pages 1ère et suivantes du présent volume de cette Revue. Je ne m'arrêterai qu'à la conclusion de cette réplique, conclusion aussi logique que les prémisses nous faisant comprendre, à merveille, que M. Brodeur s'entend peu à faire les procédures non contentieuses et volontaires pour parvenir au partage ou à la licitation volontaire en justice d'immeubles appartenant par indivis à des mineurs et à des majeurs ; lorsqu'il y a lieu d'y procéder, sur mise en demeure de ces derniers, avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs.

M. Brodeur nous dit avoir fait de ces procédures et qu'elles ne furent pas homologuées ; il n'apparaît pas cependant que ces procédures furent renvoyées parce qu'elles avaient originé au moyen d'une requête — justement le point en dispute — ce point n'est pas soulevé, mais il ressort de la conclusion de M. Brodeur et des décisions qui ont été données, que si ces procédures n'ont pas été homologuées c'est pour d'autres motifs.

Quelles sont donc ces procédures que M. Brodeur a faites ?

Représentant des mineurs, intéressés avec des majeurs dans le partage de biens considérables, dépendant d'une succession importante, M. Brodeur aurait

désiré arriver à un partage forcé en justice, sur assignation, des biens dépendant de la dite succession ; cependant les majeurs tenaient à un partage volontaire en justice, et, comme les mineurs ne pouvaient provoquer ce partage forcé, M. Brodeur ne fit, probablement à regret, que les procédures requises pour arriver à un partage volontaire en justice. Mais, soit ignorance, soit désir d'arriver à un partage forcé, M. Brodeur ne réussit dans aucune de ces procédures, excepté la première, qui était tout-à-fait inutile.

M. Brodeur considérant, sans doute, que le second paragraphe de l'article 691 du C. C. se lisant comme suit : "Il est loisible au tuteur ou curateur de demander le partage définitif des meubles... de cette succession," n'était pas assez clair, fit d'abord deux requêtes au nom des deux tuteurs aux mineurs intéressés dans la succession aux fins de faire autoriser ces tuteurs à procéder au partage et à la vente du mobilier de la succession. Ces requêtes ont été accordées par l'un des députés protonotaires, en dehors du département où se font ces procédures.

Ensuite, M. Brodeur fait une requête aux fins de faire autoriser les tuteurs à procéder au partage des immeubles de la succession. Sur cette requête, deux experts sont nommés, le conseil de famille donne son avis et l'honorable juge de Lorimier, dit M. Brodeur, refuse d'homologuer ces procédures. Etait-ce parce que les procédures avaient originé au moyen d'une requête ? Evidemment non, puisqu'on avait donné suite à la requête en nommant des experts, et tenant le conseil de famille. Une des principales raisons pourquoi les procédures n'ont pas été homologuées, c'est probablement parce que la requête ne faisait pas voir et qu'il n'avait pas été établi que ce partage fût provoqué par les majeurs, sur mise en demeure de ces derniers, ou leur intervention dans la requête pour

demander ce partage : on le sait, ce n'est que sur provocation des majeurs que le tuteur peut demander à être autorisé à partager (C. C. 691.)

S'il n'y avait pas eu d'irrégularité dans les procédures, l'honorable juge DeLorimier aurait homologué ces procédures, ordonné que le partage fût fait devant lui ou devant le tribunal, ou commis un notaire pour faire ce partage comme il a homologué de semblables procédures ayant originé par simple requête, lorsque ces procédures étaient faites suivant la loi.

Enfin, M. Brodeur, croyant, comme il le dit, contourner la difficulté dont il était le principal auteur, décide de présenter une requête aux fins de faire autoriser les tuteurs à vendre, à l'amiable, et pour une certaine somme, la part des mineurs dans les immeubles de la succession. Action est prise sur cette requête, un conseil de famille est tenu, mais l'honorable juge DeLorimier refuse de nouveau d'homologuer ces procédures, "considérant que ces procédures n'a-" vaient évidemment pour but que d'éluder un par-" tage des immeubles mentionnés en la requête." D'ailleurs, c'était un moyen tout à fait inique et par trop habile d'exclure les mineurs du partage.

Cette fois encore, l'honorable juge DeLorimier ne refuse pas d'homologuer les procédures, parce qu'elles ont originé au moyen d'une requête, on doit conclure, au contraire, que, si la procédure eût été régulièrement faite à l'effet de faire autoriser les tuteurs, sur provocation ou mise en demeure des majeurs à procéder au partage, l'honorable juge DeLorimier aurait homologué ces procédures, ordonné le partage devant lui ou le tribunal, ou commis un notaire pour faire ce partage.

La question de savoir si les procédures pour parvenir au partage de biens appartenant par indivis à des majeurs et à des mineurs, lorsque ce partage est

provoqué par les majeurs, peuvent ***originer au moyen d'une requête***, a été posée carrément et contradictoirement devant l'honorable juge Plamondon relativement au partage des immeubles dépendant de l'importante succession de M. W. E. Wadleigh, à Richmond, et l'honorable juge Plamondon après avoir pris communication du travail de M. Brodeur et du mien, a autorisé le tuteur à procéder au partage et commis le notaire S. Fraser, de Richmond, pour faire ce partage. Cette procédure était légalement faite et établissait que le tuteur n'avait agi qu'après avoir été mis en demeure de partager par les cohéritiers majeurs. Inutile de dire que si les cohéritiers majeurs n'eussent pas concouru à ce partage en le provoquant, le tuteur n'aurait pu se faire autoriser à partager, il faut nécessairement qu'il y ait accord entre le tuteur et les parties majeures pour pouvoir avoir recours au partage ou à la licitation volontaire en justice, du moment qu'il y a désaccord, c'est le partage forcé, préconisé par M. Brodeur, dont la procédure origine par action sur assignation, qui doit avoir lieu.

Je terminerai en citant à M. Brodeur les remarques que faisait Laurent en commentant l'article 838 C. N. (C. C. 693, dernier paragraphe) " aux termes de l'article 838 s'il y a plusieurs mineurs qui aient des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial nommé par le conseil de famille. Pour qu'il y ait lieu à leur donner un tuteur spécial, il faut que les intérêts des mineurs soient opposés ; il ne suffit pas qu'ils figurent au partage. Cela est si évident qu'il ne vaudrait pas la peine de le dire s'il n'était intervenu un arrêt de la Cour de Cassation sur la question (1) comme pour prouver qu'il

(1) Vol. 10, No. 307.

(2) Arrêt de rejet du 8 novembre 1814. (Dalloz au mot succession No. 1595.

n'y a pas de chose certaine sur laquelle on ne plaide, alors même qu'il y aurait un texte de loi.''

En effet, malgré le texte formel de notre loi autorisant les partages et licitations volontaires en justice avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs et malgré la jurisprudence constante autorisant tels partages et licitations, M. Brodeur ne peut se convaincre qu'un tel partage puisse se faire légalement; pour lui nos juges se sont tous trompés, en appliquant la loi, et il plaiderait envers et contre tous qu'il n'y a pas de texte de loi autorisant un tel partage. Aux lecteurs d'en juger (1).

L. BÉLANGER,
Président du Cercle des Notaires.

Montréal, avril 1896.

---

(1) Suivant jugement de la Cour d'Appel, rendu le 19 mai 1896, dans une cause de Commeau & Murray, la légalité des partages et licitations volontaires en justice, originant par déclaration devant Notaire ou requête, a été encore reconnue.
L. B.

Les Grecs n'avaient ni barreau, ni ministère public; chacun devait plaider sa cause et pouvait poursuivre un délinquant au nom de l'Etat.—*Quintilien, Inst. Orat.* II. XV. 30.

Ayez à confier un seul talent à la garde d'auteur, en Grèce, il vous faudra dix écrits, dix sceaux, vingt témoins, et vous serez encore trompé; à Rome, vous n'aurez d'autre garantie que la parole du dépositaire, et le dépôt sera religieusement gardé.—*Pelybe* VI, 56.

PRESCRIPTION DE LA DEMANDE DE CONTINUATION DE COMMUNAUTÉ

L'article 1323 du Code civil, reproduisant l'ancien droit, dit : " Si lors de la mort naturelle ou civile de l'un des époux, il se trouve des enfants mineurs issus de leur mariage et que le survivant manque de faire procéder à l'inventaire des biens communs, la communauté se continue en faveur de ces enfants, *s'ils le jugent convenable.*"

Il faut, entre autres conditions, que la continuation de communauté ait été demandée pour qu'elle ait lieu.

La continuation de communauté, dit Pothier, (1) ne consistant, dans la Coutume de Paris, que dans un droit et une faculté, que cette Coutume accorde aux enfants mineurs, de demander au survivant part dans tous les meubles, et dans les acquêts faits par le survivant, depuis la mort du prédécédé, que le survivant se trouve avoir, comme si la communauté eût toujours continuée par rapport à ces choses, laquelle part leur tient lieu de dédommagement de ce que le survivant a manqué de faire constater celle qui leur appartenait dans les biens de la communauté, au temps de la mort du prédécédé ; il s'ensuit que, tant que les enfants ou leurs représentants n'ont pas paru user de cette faculté, que la Coutume leur donne, et qu'ils n'ont pas demandé au survivant la continuation de communauté, on ne peut dire qu'il y ait eu continuation de communauté : car il est de la nature de tous les droits qui consistent dans une faculté, qu'ils n'ont lieu que lorsque les personnes à qui la faculté est accordée, en veulent user.

---

1 Pothier Bugnet, Vol 7, page 398, No. 800.

Ce droit, qui est accordé aux enfants, de demander continuation de communauté, est-il sujet à prescription et quelle est la durée de cette prescription ?

Pothier répond encore à cette question. (1) Le droit que la Coutume accorde aux enfants, de demander au survivant continuation de communauté, leur étant accordé pour leur tenir lieu, tant de leur part dans le mobilier de la communauté, qui est resté entre les mains du survivant, que de leurs revenus, dont le survivant leur doit compte, c'est une conséquence, que, tant que les enfants sont recevables à demander compte, ils sont recevables à demander la continuation de communauté, qui doit, s'ils le veulent, leur en tenir lieu.

Mais l'action, que les enfants ont pour demander ce compte, étant, de même que toutes les autres actions, sujette à la prescription ordinaire de *trente ans*, (2) lorsque cette prescription a été acquise au survivant contre cette action, il paraît qu'elle doit l'être aussi contre la demande en continuation de communauté, qui en est comme une espèce de dépendance.

Les enfants ont donc trente ans, à compter du décès de l'époux prédécédé—époque à laquelle ils pouvaient demander compte au survivant—pour demander la continuation de la communauté ; mais cette prescription court-elle contre eux pendant qu'ils sont encore mineurs ?

D'après l'article 2232 du Code civil, la prescription est suspendue pendant la minorité (3) ; il en était de même sous l'ancien droit, et tant que les mineurs n'ont pas atteint leur majorité, la prescription a été suspendue et n'a pu courir effectivement contre eux.

1 Page 421, No. 876.
2 C. C. 2242 et 2243.
3 A. Leroux de Bretagne, Nos 605 et suiv. Pothier, Bugnet. Prescription, vol. 2, page 376, No. 681.

Dans une cause de Pearson et Spooner, rapportée à la page 200 du Vol. 2, des Rapports judiciaires officiels de Québec, Banc de la Reine, 26 sept. 1892, la Cour d'Appel a rappelé, dans un de ses considérants, que la Cour de Révision avait décidé, que la demande de continuation de communauté, faite quarante-cinq ans après la dissolution de communauté, était tardive et ne pouvait donner lieu à la communauté continuée.

Pour se rendre compte si ce considérant est bien fondé en droit, il est nécessaire de se mettre au courant des faits ; car, en supposant que l'enfant mineur n'eût qu'un an lors du décès du prédécédé, même après quarante-cinq ans, il serait encore en temps utile pour demander la continuation de communauté : parce que, dans l'hypothèse soumise, la prescription n'ayant couru effectivement qu'à compter de la majorité de l'enfant, cet enfant avait cinquante ans pour demander la continuation de communauté, soit vingt ans jusqu'à son âge de majorité et trente ans, depuis son âge de majorité.

Voici les faits :

En 1842, Bridget Spooner a épousé William Pearson. De ce mariage est né un enfant. Les époux n'ayant pas fait précéder leur union d'un contrat de mariage, il y eut entre eux, communauté légale de biens. Aucun inventaire n'a été fait à l'effet de dissoudre la continuation de communauté.

L'action a été instituée en 1890.

Dans l'espèce, la prescription de demande de continuation, était-elle accomplie ? Certainement non, car il ne s'est pas écoulé *trente ans* depuis la majorité de l'enfant jusqu'à l'institution de l'action. En effet, l'enfant n'avait tout au plus qu'un an, lors du décès de son père en 1844. De 1844 à 1890 il s'est écoulé 46 ans ; en déduisant 20 ans de ce chiffre pour compléter la majorité de l'enfant, il ne restait donc que 26 ans,

c'est-à-dire quatre ans de moins que le temps voulu pour former les 30 années requises pour prescrire.

Comme la législature de Québec sera probablement saisie de nouveau du projet de loi de l'honorable M. Marchand à l'effet d'abolir la continuation de communauté, le promoteur de la loi pourrait bien, entre autres arguments, invoquer contre la continuation de communauté, le temps qu'elle peut durer et tenir ainsi dans l'incertitude une foule de droits.

L. BÉLANGER,
Président du Cercle des Notaires.

Montréal, avril 1896.

" Ce fut dans cette période, (1550-1608) que le nom de batonnier fut particulièrement donné au chef de l'ordre des avocats dù parlement de Paris.

" Jusque-là ce titre n'était accessoire pas à celui de doyen, à cause de la garde qui lui était confiée de la bannière ou bâton de St-Nicholas.

" En effet, il faut se rappeler que la Communauté des procureurs et l'Ordre des avocats s'étaient réunis dans la confrérie de St-Nicholas et que la bannière ou bâton du saint se portait, par honneur, chez le chef des avocats, qui en prenait le titre de bâtonnier.

" Après la dissolution de la confrérie, le nom de bâtonnier lui resta, et ce ne fut que sous ce nom qu'il fut désigné dans le public, dans les tribunaux, et dans les arrêts et règlement relatifs à la profession d'avocats.

" Cette dénomination a traversé plus de quatre siècles, et s'est trouvée consacrée par la législation." —*Fournel*, *Histoire des avocats*, vol. II, p. 380.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS (1)

Section I.

TUTEURS—CURATEURS—FIDUCIAIRES—OFFICIERS MUNICIPAUX.

SOMMAIRE :

—De la contrainte par corps à l'égard du tuteur et du curateur. —Définitions.—Devoirs du tuteur et du curateur.—Délai de quatre mois à observer avant de procéder contre le reliquataire.—Montant pour lequel la contrainte est accordée contre le tuteur en France.—Jurisprudence et arrêts.—Le subrogé-tuteur est-il contraignable ?—Du fiduciaire et de ses obligations.—Jurisprudence admise sous l'empire de l'Ord. de 1667.—De la contrainte par corps contre certains officiers municipaux.

Nous examinerons successivement chacun des cas mentionnés dans l'art. 2272 C. C. Le premier paragraphe de cet article assujettit à la contrainte par corps : " Les tuteurs, curateurs et fiduciaires pour tout " ce qui est dû, à raison de leur administration, à ceux " qu'ils ont représentés."

Et d'abord, qu'est-ce que le tuteur ?

Ce mot dérive du latin *tueri*, *défendre*, *soutenir*. En droit, le tuteur est celui qui est élu juridiquement, pour avoir soin de la personne et des biens des enfants délaissés en bas âge par un père et une mère.

" Il est également de la religion et de la police que

---

(1) Cet écrit est extrait d'une thèse soutenue pour le doctorat, le 1er mai 1896, par l'auteur, devant la faculté de droit de l'Université-Laval, à Montréal. Ce travail fort bien fait traite de la contrainte par corps au point de vue historique, théorique et pratique. Il a été publié en brochure par M. C. Théoret, éditeur de livres de droit. Nous en ferons, avec la permission de l'auteur, quelques extraits pour les lecteurs de la *Revue légale*.

" ceux qui sont privés de leurs pères, avant qu'ils
" soient dans un âge où ils puissent se conduire eux-
" mêmes, soient, jusqu'à cet âge, sous la conduite de
" quelque personne qui leur tienne lieu de père, autant
" que cela se peut, et qui soit chargée de leur éduca-
" tion et du soin de leurs biens." (1)

Le curateur, du latin *curare, avoir soin*, est nommé pour gérer les biens d'autrui, et, en certains cas, prendre soin de la personne. On donne des curateurs aux personnes majeures, qui ne peuvent elles-mêmes administrer leurs biens ; par exemple, aux interdits, aux mineurs émancipés, aux enfants conçus mais qui ne sont pas encore nés. Souvent les curateurs ont l'administration conjointe des personnes et des biens des interdits, comme par exemple, des aliénés, des furieux. Ces curateurs contractent les mêmes engagements que les tuteurs, dont ils ne diffèrent que de nom. Ils doivent gérer de la même manière et avec les mêmes soins.

Il se forme, lorsque la tutelle commence, un *quasi contrat* entre le tuteur et le mineur, par lequel le tuteur s'oblige envers son mineur à rendre compte de son administration ; le mineur, de son côté, s'oblige à indemniser son tuteur des avances qu'il aurait faites dans l'administration de la tutelle.

Le tuteur devra répondre de ce qu'il aura ou mal géré ou manqué de faire ; d'acquitter les sommes dont il se trouvera le reliquataire, avec les intérêts du jour de l'arrêté de compte, et de rendre des fruits dont il aura joui ; et l'engagement de rendre compte est si indispensable, dit Domat, que si le père du mineur, nommant un tuteur, l'avait déchargé de rendre compte, il ne laissera pas d'y être obligé : car autrement, les malversations d'un tuteur pourraient être

(1) Domat, Lois civiles.

impunies, ce qui blesserait les bonnes mœurs et le droit public.

La tutelle et la curatelle sont donc essentiellement des charges de confiance. C'est pourquoi le législateur a cru devoir sévir rigoureusement, contre ceux qui, gardiens légaux de la fortune des mineurs et des incapables, seraient tentés de se l'approprier.

Notre Code n'a fait que reproduire presqu'en entier l'art. 3 du Titre 34, de l'Ordonnance de 1667, qui s'exprimait comme suit : "Pourront aussi les tuteurs et " curateurs être contraints par corps, après les quatre " mois, pour les sommes par eux dues à cause de leur " administration, lorsqu'il y aura sentence, jugement " ou arrêt définitif et que la somme sera liquide et " certaine."

On dit d'une somme qu'elle est liquide et certaine, lorsqu'elle est fixe, déterminée, exigible et ne dépendant d'aucune condition.

Nous trouvons dans notre C. P. C. le complément du premier paragraphe de l'art. 2272 C. C. que nous avons cité. En effet, l'article 783 édicte que " la contrainte par corps ne peut être décernée contre les tuteurs et curateurs pour le reliquat du compte dont ils sont redevables, avant l'expiration de quatre mois à compter de la signification qui leur est faite du jugement qui fixe ce reliquat." (1)

En France, la jurisprudence n'admettait pas la contrainte par corps lorsque le reliquat était inférieur à 300 francs. L'on considérait qu'une somme moindre n'atteignait pas la fortune du créancier d'une manière assez fâcheuse pour autoriser la perte de la liberté.

Notre droit ne fixe pas la quotité de la somme. L'art. 2272 dit simplement : "*pour tout ce qui est dû à*

---

(1) 783 C. P. C.

" *raison de leur administration à ceux qu'ils ont repré-*
" *sentés.*" Il devra donc être interprété strictement.

A quelle phase de sa gestion le curateur devient-il contraignable? Cette question s'est présentée dans une cause de Wood *vs.* McLennan.

" The defendant in obedience to a judgment had rendered an account as curator, showing that he was indebted to the estate in the sum of $400. The plaintiff had given notice of his intention to contest this account, but in the meantime had obtained a judgment ordering the defendant to pay the money admitted to be due. This, he had not done, and an application was now made for *contrainte par corps* against him, under the Ordinance of 1667. This Ordinance gave the remedy after the final judgment, but not as a means of enforcing an interlocutory judgment. The plaintiff at present had nothing but his *droit exécutoire.* Until the account was *débattu* there could be no *contrainte par corps* and the plaintiff must therefore take nothing by his motion." (1)

Il a été jugé qu'on peut forcer une partie à rendre compte, soit par une condamnation provisoire, soit par la contrainte par corps. (2)

Celui qui a épousé une veuve, sans l'observation des formalités prescrites dans l'intérêt des enfants mineurs de celle-ci, peut être condamné par corps au paiement des sommes que la veuve s'est exclusivement appropriées au décès de son premier mari, et qui ont été reconnues, depuis le convol, appartenir aux enfants du premier lit, comme étant tombées dans la communauté stipulée entre leurs père et mère. (3)

Et il a été jugé implicitement que lorsque le second

---

(1) 3 Juriste, p. 253.
(2) Hayes & David, 3 R. de L. 245.
(3) Réj. 12 août 1828, aff. Estranave.

mari a géré la tutelle des enfants de sa femme, il est passible de la contrainte par corps. (1)

Bien que la loi ne semble autoriser la contrainte contre les tuteurs et administrateurs qu'après la reddition de leurs comptes, néanmoins il a été jugé *qu'un tuteur destitué*, qui reconnaît avoir entre les mains des capitaux appartenant à son pupille, peut être contraint par corps à les payer, avant même d'avoir rendu son compte. (2)

Il a été également jugé : Que lorsqu'après un jugement qui ordonne à un tuteur de rendre son compte, il intervient un nouveau jugement qui, faute par le tuteur d'avoir rendu ce compte, le condamne à payer aux mineurs, ce jugement ne peut prononcer la contrainte par corps pour le paiement de cette somme : la contrainte par corps ne doit être prononcée contre le tuteur que pour l'objet du compte à rendre. (3)

Le subrogé-tuteur est-il contraignable par corps ? Comme notre Code n'en dit rien, il faut tenir pour la négative. Notons que les fonctions du subrogé-tuteur diffèrent de celles du tuteur. Ses fonctions consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur.

On ne connaissait point, dans les pays de droit écrit, ce subrogé-tuteur ; mais s'il survenait quelque discussion entre le tuteur et le pupille, ou si, dans un procès, ils se trouvaient avoir des intérêts différents, on donnait alors un curateur au mineur.

C'est dans les pays de droit coutumier qu'est né l'usage de nommer un subrogé-tuteur, en même temps que le tuteur, pour assister à l'inventaire des effets du mineur, et pour l'autoriser dans les discussions

---

(1) Bruxelles, 28 fév., aff. Debrion.

(2) Bastia, 31 août 1826, aff. Guitera.

(3) Limoges, 13 juin 1822, aff. Goutenègre.

qu'il pourrait avoir avec le tuteur ordinaire. Comme le subrogé-tuteur ne gère pas les affaires du mineur, mais ne le représente tout au plus que dans certains cas particuliers, il ne peut être contraignable.

" Cependant le chevalier de Jaffaud, qui en consé-
" quence d'un avis de parent homologué, s'était
" chargé de faire un recouvrement de deniers dus à
" une mineure, dont il n'était ni parent ni tuteur, a
" été condamné par corps à rendre compte des deniers
" provenant du recouvrement, par arrêt rendu en la
" grand-chambre, le 26 juin 1728." (1).

Dans ce dernier arrêt le chevalier de Jaffaud est qualifié de *pro-tuteur*. Cependant, Jousse dit que le pro-tuteur n'est pas contraignable, sur le motif qu'il n'est pas chargé par autorité de justice. (2)

Le fiduciaire est soumis comme le tuteur et le curateur, à la contrainte par corps, pour tout ce qu'il doit à raison de son administration (3). Il est l'intermédiaire choisi par le disposant avec charge de transmettre ou de restituer au légataire et au donataire. La fiducie peut avoir pour objet l'administration de propriétés mobilières ou immobilières (4). Les pouvoirs des fiduciaires sont très étendus. Ils gèrent sans l'intervention des parties bénéficiaires, la propriété qui leur est confiée et en disposent, placent les sommes d'argent qui ne sont pas payables aux parties bénéficiaires et, changent, modifient et transposent de temps à autre les placements, etc. (5)

A l'expiration de la fiducie, ils sont tenus de rendre

---

(1) Denizart Vo. Contrainte par corps No. 29.
(2) Jousse. Ord. de 1667. Tit. 34, No. 3 sub. art. 8.
(3) Art. 981 *n*. C. C.
(4) Art. 481 *b*. C. C.
(5) Art. 981 *g*. C. C.

compte et délivrer toutes sommes d'argent, valeurs, entre leurs mains, aux parties y ayant droit. (1)

Comme on le voit, il y a une certaine analogie entre la fiducie, la tutelle et la curatelle. Le législateur a vu dans ces diverses fonctions des dangers sérieux pour les administrateurs comme pour les administrés. La contrainte par corps était un moyen efficace de protéger les uns et les autres.

L'art. 3 du Titre 34 de l'Ord. de 1667 n'assujettissait que les tuteurs et curateurs à la contrainte, mais la jurisprudence en admettait le principe "contre "ceux qui ont eu quelqu'administration publique, "comme d'hôpitaux, villes, communautés, fabriques, "etc., etc., car la contrainte par corps a pareillement "lieu contre eux après les quatre mois, de même "qu'elle a lieu en genéral contre tous ceux qui ont "administré le bien d'autrui, comme fermiers judi- "ciaires, etc., etc." (2)

Notre Code Municipal (art. 193) édicte que les corporations ont, en sus de tout autre recours légal, un droit d'action, pour recouvrer par saisie-revendication d'un officier municipal les deniers, clefs, livres, insignes ou archives, qu'il pourrait avoir en sa possession. Et l'article ajoute que tout jugement sur une semblable action peut être exécuté par contrainte par corps, contre la personne condamnée, chaque fois que cette contrainte est demandée par l'action.

---

(1) Art. 981, *l.* C. C.

(2) 2 Jousse, Ord. 1667, p. 330.

Section II.

SEQUESTRE — GARDIENS—DÉPOSITAIRES — HUISSIERS GEOLIERS—COURTIERS—SHÉRIF—CORONER.

SOMMAIRE :

De la contrainte par corps contre le séquestre judiciaire.—Devoirs et responsabilité du séquestre.—Distinction entre le séquestre judiciaire et le séquestre conventionnel.—Contrainte par corps contre le gardien judiciaire.—Il doit représenter les effets ou en payer la valeur.—Jurisprudence.—De la contrainte par corps contre les dépositaires.—Contre les huissiers et geôliers en certains cas.—Les courtiers et agents de change sont-ils contraignables ?—De la contrainte par corps contre le shérif.—Jurisprudence.—De la contrainte par corps contre le coroner.—Fonctions du coroner.

Le deuxième paragraphe de l'art. 2272 mentionne parmi les contraignables " le séquestre, gardien ou " dépositaire, shérif, coroner, huissier ou autre officier " ayant la garde de deniers ou autres effets en vertu " de l'autorité judiciaire."

Comme l'attribut de la plupart de ces fonctions est de recevoir l'argent du public pour des emplois déterminés, le législateur a dû, dans l'intérêt général, accorder la contrainte par corps, pour faciliter la répétition des deniers dilapidés. L'Ord. de 1667 et le Code Napoléon contenaient des dispositions semblables.

Le séquestre doit apporter pour la conservation des choses qui lui sont confiées les soins d'un bon père de famille. (1)

Sa responsabilité est assimilée aux gardiens sur saisie-exécution, lorsquels peuvent être contraints par

---

1) Art. 1825 C. C.

corps à représenter les effets dont ils sont chargés ou à payer le montant dû au saisissant. (1)

Le séquestre judiciaire est seul contraignable par corps et non celui que les parties ont volontairement choisi. La cause de la contrainte par corps dans ces différents cas est l'idée du dépôt nécessaire ; or cet élément se trouve dans le séquestre judiciaire, mais il manque dans le séquestre conventionnel, qui est l'homme de confiance, l'homme choisi par la partie. Les tribuns Goupil, de Prefeln et Gary soutenaient la même thèse : " Le séquestre conventionnel ne contracte pas avec la justice, disaient-ils, tout procède en cette matière de la volonté des parties : " *Ex contrahentium voluntate et conventione proficiscitur.*"

Il n'y a que le séquestre judiciaire qui contracte avec la justice. C'est donc l'exécution de ce traité seulement que doit garantir la contrainte par corps. Observons toutefois que le séquestre, bien que choisi par les parties, est judiciaire, lorsque c'est la justice qui a ordonné que la chose serait mise sous le séquestre.

Le *gardien* dont parle l'art. 2272 du C. C. est la personne commise en vertu de la loi pour la conservation des biens mis sous la main de la justice. Les gardiens sont nécessaires dans toute saisie de meubles. L'art. 590 C. P. C. ordonne au gardien ou dépositaire de représenter, au temps indiqué pour la vente, tous les effets saisis dont il a été chargé. L'art. 597 C. P. C. en le déclarant contraignable à son défaut de représenter tels effets ou de les payer, ajoute qu'il pourra néanmoins, en établissant la valeur des effets non représentés, se libérer par le paiement de cette valeur. Le gardien est établi par l'huissier qui est un officier de justice, aussi ce dépôt, grâce à son intervention, devient-il judiciaire.

---

(1) Arts. 883-597 C. P. C.

Une question qui s'est souvent présentée devant nos tribunaux est celle de savoir s'il est nécessaire dans une règle pour contrainte par corps, de donner au gardien l'option de payer la valeur des effets. La jurisprudence paraît maintenant fixée sur ce point.

" Le droit du créancier, c'est de demander que le gardien qui ne représente pas les effets saisis soit emprisonné jusqu'à ce qu'il ait payé la dette, avec faculté au gardien d'établir que les meubles ne valent pas le montant de la dette, et dans ce cas de n'en payer que la valeur. C'est donc au gardien à alléguer que les meubles mis sous sa garde ne valent pas le montant de la dette et des frais, et à en faire la preuve." (1)

Par quel laps de temps le gardien est-il libéré de son obligation de produire les effets dont la garde lui a été confiée ?

" D'après l'Ordonnance de 1667, tit. 19, arts. 20 et 22, les gardiens étaient déchargés de plein droit et sans obtenir de jugement à cet effet, deux mois après que les oppositions à la saisie avaient été jugées et un an après la date de leur commission, si les incidents n'étaient pas alors terminés. Cependant Pigeau (2) enseigne qu'au Châtelet, la décharge de plein droit n'avait pas lieu, et qu'il fallait que le gardien obtienne un jugement. En France, en vertu du Code de Procédure, (3) le gardien peut demander à être déchargé si la vente n'a pas lieu au jour indiqué ou si les oppositions n'ont pas été vidées dans les deux mois après la saisie, mais il n'est pas déchargé de plein droit.

Ici, l'on cite une décision de la Prévosté de Québec,

---

(1) *Ex parte* McCaffrey, 25 L. C. J. Dorion, J.

(2) T. 1, p. 640.

(3) Arts. 605 et 665.

(1) qui a déchargé un gardien de la contrainte par corps, parce que le demandeur n'avait pas procédé à la vente des meubles suivant l'article 172 de la Coutume de Paris, dans les deux mois de la saisie.

La même chose a été jugée dans la cause de Scholefield *vs.* Roden *et al.* (2) Dans celle de Hallé *vs.* Hallé, (3) le gardien a été déchargé de la contrainte par corps parce qu'il s'était écoulé plus d'une année depuis sa nomination.

Nonobstant ces deux jugements rendus tous deux par la Cour de Circuit, il est au moins douteux, que l'on ait depuis la cession du pays suivi les dispositions de l'Ordonnance de 1667, et considéré que le gardien était déchargé de plein droit et sans jugement.

En France les oppositions et autres incidents sur les saisies-exécutions étaient des matières sommaires. Il suffisait de huit jours, ou d'un mois tout au plus pour les faire juger et le Code de Procédure Civile Français suppose qu'ils doivent tous être vidés dans les deux mois de la saisie puisque c'est le terme qu'il fixe à la durée de la charge de gardien. Ici il faut plus souvent deux ans que deux mois pour faire vider les incidents d'une saisie-exécution, et si le gardien devait, après un an, être déchargé de plein droit de la garde des effets saisis, il en résulterait, dans la plupart des cas, qu'il n'y aurait plus de gardien, lorsque l'huissier se présenterait pour faire la vente des effets saisis. Du reste notre Code de Procédure ne contient qu'une disposition relative à la décharge du gardien. Elle se trouve dans l'article 596, qui dit que le gardien a droit à une décharge ou quittance des effets qu'il représente. Ainsi, tant qu'il ne représente

(1) Duburn c. Chaumeron.

(2) 5 L. C. J., p. 332.

(3) 5 Q. L. R. 300.

pas les effets, il est gardien et sujet à la contrainte par corps." (1)

"Le saisi lui-même, peut quelquefois être constitué gardien. (2) Et il a été jugé que le locataire qui, après avoir été condamné à laisser dans la maison louée des meubles qu'il voulait enlever, et après s'être rendu gardien judiciaire de ces meubles, les a fait disparaître, peut être contraint par corps pour les représenter." (3)

Un arrêt rendu à l'audience de relevée, le 1er février 1732, a jugé que le survivant de deux conjoints, chargé des meubles et deniers comptants compris au procès-verbal scellé et en l'inventaire, faits après la mort du prédécédé, n'était pas contraignable par corps à les restituer. (4)

Sont également des *gardiens*, dans le sens de la loi, en France, les personnes nommées par les tribunaux de commerce, en cas de faillite, pour la gestion d'un établissement industriel.

Dans notre droit, le gardien nommé dans le cas de cession de biens, est responsable tout comme le gardien nommé par l'huissier saisissant.

La contrainte a lieu pour le compte des fruits qui par droit d'accession s'ajoutent à la chose donnée en garde ou placée sous le séquestre judiciaire.

Si les effets saisis ont été enlevés du gardien à l'aide de fraude, de violence ou voie de fait, le gardien ne peut pas être contraignable.

Il a été jugé qu'une règle pour contrainte par corps contre un gardien ne peut être maintenue, s'il est

---

(1) *Ex-parte* McCaffrey, 25 L. C. J., Dorion, J.

(2) 15 Jurist, p. 140, Curley *vs.* Hutton & Hutton.

(3) Cass., Brum, an 10.

(4) Denizart, Coll. de Déc. Nouvelles. Vo. Cont. par Corps, p. 447.

prouvé que les effets ont été vendus en vertu d'une autre exécution. (1)

Pour des motifs d'équité, la Cour peut, dans quelques cas, restreindre l'obligation du paiement incombant au gardien au montant de la valeur des effets non représentés. (2)

Il a été jugé que le gardien n'est pas tenu de livrer les effets à une autre personne que celle qui l'a nommé. (3)

Un gardien judiciaire refusant de livrer les effets saisis à l'huissier porteur du bref de *Venditioni Exponas*, n'est passible de la contrainte par corps, qu'après avoir été condamné par le tribunal à les remettre sous un certain délai, et que cette ordonnance lui ait été signifiée. (4)

Le gardien judiciaire qui n'a pas reçu un avis régulier du jour, de l'heure et du lieu de vente, n'est pas en faute en ne représentant pas les effets, lorsque l'on veut y procéder. L'excuse qu'il invoque à ce moment, quoique insuffisante, s'il avait reçu cet avis, ne peut pas motiver contre lui une condamnation par corps à la représentation des effets ou au paiement de ce qui est dû au saisissant. (5)

Si la saisie a été pratiquée contrairement aux ordonnances ou au Code de Procédure Civile, le gardien ne peut être contraint à l'emprisonnement, pour mépris de Cour, s'il refuse de livrer les effets saisis. (6)

Un syndic qui refuse ou néglige de se conformer à

---

(1) 5 L. C. J., p. 56.

(2) 12 Déc. Trib., p. 3.

(3) 13 Déc. Trib., p. 20.

(4) *Ex-parte* Gauvreau *vs.* Longobardi, 3 Q. L. R., p. 195.

(5) McManamy et al., vs. Boisclair & Brisson, gardiens, 10 Q. L. R. p. 134.

(6) 1 R. L., p. 51.

un jugement qui lui ordonne de payer des argents qu'il a en mains est contraignable par corps. (1)

Lors d'un inventaire, les effets et papiers sont déposés entre les mains d'un notaire ou de la personne dont il a été convenu, à moins qu'elle ne soit désignée par le président du tribunal. Dans ce dernier cas, le dépositaire est un véritable gardien judiciaire, et il est contraignable par corps ; il n'est pas besoin d'une stipulation expresse comme à l'égard des cautions des contraignables par corps. (2)

En France, il a été jugé que le directeur d'une maison de santé, qui a accepté des mains de la justice la garde d'un détenu, doit être considéré comme gardien judiciaire, et doit être condamné par corps, en cas d'évasion, au paiement des causes de l'incarcération. (3)

Nous avons dit que, d'après notre droit, le dépositaire nécessaire n'était pas contraignable et ce, contrairement à l'Ordonnance de 1667 et au Code Napoléon. Cependant, le dépositaire nommé en vertu de l'autorité judiciaire est soumis à la contrainte. Tel est, par exemple, le préposé à la caisse des dépôts et consignations au greffe de la Cour de Circuit, ou de la Cour Supérieure. Ces préposés sont de véritables dépositaires judiciaires. Des sommes considérables sont quotidiennement consignées entre leurs mains. Cette consignation opérée chez un officier public, est un dépôt judiciaire. Cet officier est légalement institué pour recevoir le dépôt. Le choix du consignataire n'est plus libre, et il est impossible de voir dans ce dépôt un acte de confiance. Comme en définitive, c'est la justice qui répond de ce dépôt, elle doit employer

---

(1) Bates, Beaudry et Taaffe, 1 R. de L., p. 360.

(2) Lassime, Traité de la contr. par corps, p. 61.

(3) Paris, Gazette du 16 août 1833.

tous les moyens, même les plus rigoureux, pour que la foi qu'elle inspire ne soit pas violée.

Parmi d'autres consignataires légaux, citons entre autres les huissiers pour les deniers comptants trouvés chez le saisi, jusqu'au moment où le dépôt sera fait.

L'huissier participe à l'administration de la justice. Ses fonctions sont essentiellement judiciaires. Il est contraignable pour la restitution des titres à lui confiés et des deniers par lui perçus, par suite de ses fonctions. La raison de cette sévérité nous est donnée par Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs devant le Corps Législatif ; "On ne peut employer ces officiers publics sans être dans la nécessité de leur confier des titres et l'argent nécessaire pour agir. Ministres secondaires de la justice, ils doivent être mis dans la classe de ceux qui sont ses dépositaires ; et s'ils manquent ainsi à la confiance publique, ils sont assujettis à la contrainte par corps." (1)

Le tribun Gary exprimait avec plus de force la même idée, lorsqu'il disait : "Puisque la loi a cru devoir gêner mon choix ou le circonscrire dans une certaine classe d'hommes, il est juste qu'elle m'offre tous ses moyens et toutes ses garanties."

La disposition qui prononce contre les personnes publiques la contrainte par corps pour repétition de deniers consignés entre leurs mains, ne peut être étendue au particulier qui est parvenu à se faire remettre indûment un objet de cette nature, en surprenant la confiance d'une personne publique. Vainement on dirait que cette personne publique, se trouvant exposée à la contrainte par corps par le fait du particulier qui l'a trompée, il est juste de lui accorder

(1) Fenet, t. XV, p. 163.

l'exercice recursoire de la même voie contre ce particulier. (1)

Les geôliers des prisons répondent aussi des sommes déposées entre leurs mains par le débiteur incarcéré pour recevoir son élargissement.

o Certains auteurs déclarent contraignables par corps les *courtiers* et *agents de change* pour la restitution des marchandises qu'on leur a donné à vendre, ou du prix qu'ils en ont reçu, comme aussi des billets ou papiers qu'on leur a remis entre les mains. Mais cette doctrine ne peut pas être admise ici. La disposition qui prononce la contrainte par corps ne saurait être étendue d'après le texte restrictif de la loi.

La contrainte par corps a lieu de plein droit contre le shérif, pour les sommes consignées entre ses mains, et pour les effets dont il a la garde. La responsabilité du shérif est très grande. Tous les jours des sommes considérables, provenant de la vente des immeubles, sont déposées entre ses mains, et il est obligé d'en rendre un compte fidèle,sous peine d'emprisonnement mais cette responsabilité diminue et cesse complètement lorsque le défendeur offre un gardien solvable. Si, plus tard, ce gardien devenait insolvable, la responsabilité du shérif est à l'abri, car il suffira qu'on établisse la solvabilité de ce gardien à l'époque où il est entré en charge.

Le shérif est responsable des employés qui sont sous son contrôle immédiat. Le statut l'oblige à donner caution lorsqu'il est nommé, ce qui donne à la personne lésée par la malhonnêteté du shérif un double recours ; l'un contre sa personne, l'autre contre les biens de sa caution.

Il a été décidé que si par négligence d'un gardien

(Nancy, 18 mai 1827 (Cerf), S. V. 27-2, 220 ; C. n. 8, 2, 370.—D. p. 27-2, 196.

d'office, les effets étaient perdus ou dépréciés, la partie intéressée pouvait exercer son recours contre le shérif. (1)

Il a été jugé, qu'à défaut par le shérif, de représenter les effets saisis, cet officier pouvait être contraint par corps. Mais dans ce cas, la contrainte prononcée lui laissera l'alternative de s'en libérer, en payant à qui de droit, la valeur établie, des effets non représentés. (2)

On peut appliquer le même principe dans le cas d'un gardien d'une saisie de meubles. (3)

Le shérif, dans une certaine sphère d'action, peut être assimilé au simple gardien judiciaire.

On mentionne aussi le coroner parmi les contraignables.

Quelles sont les fonctions du coroner ?

Le coroner est de création statutaire dans notre pays. Cet officier nous vient de la Grande-Bretagne. On peut dire qu'il est un auxiliaire de la justice criminelle.

C'était, autrefois, le principal conservateur de la paix. Sous les rois Saxons, il était chargé de s'enquérir des trésors trouvés, des viols, des contraventions à la paix, des assauts et batteries, et des morts violentes. Au Canada, cet officier est nommé pour chaque district. Ses principales attributions consistent, en premier lieu, à s'enquérir des causes d'incendies dans son district, excepté dans ceux où des commissaires sont spécialement nommés à cette fin ; en second lieu, à faire constater par un jury tous les cas de mort violente, ou qui pourraient être supposés tels.

---

(1) Ramzay's Digest, p. 296.

(2) 3 *Jurist*, p. 223, Leverson & Boston.

(3) 7 *Jurist*, p. 30, Lord *vs*. Moir & Pratt, mis en cause.

Il peut arriver que dans l'exercice de ses fonctions, le coroner ait la garde de deniers ou d'effets, comme par exemple, lorsqu'il remplace le shérif en vertu de l'article 466 C.P.C. Il est alors assimilé au gardien ou au dépositaire, suivant le cas, et devient contraignable.

Les autres officiers auxquels il est fait allusion à la fin de ce deuxième paragraphe de l'article 2272, sont les greffiers, les protonotaires, les secrétaires-trésoriers des municipalités et des écoles, et d'autres personnes que des statuts spéciaux gouvernent. (1)

Section III.

CAUTIONS JUDICIAIRES.—FOL-ADJUDICATAIRE.

SOMMAIRE :

Des diverses espèces de cautionnement.—La caution judiciaire est seule contraignable par corps.—De la réception des cautions judiciaires.—La caution judiciaire contracte avec la justice.—Jurisprudence.—De la folle-enchère.—Le fol-adjudicataire est contraignable par corps.—Principes de l'ancien droit.—Jurisprudence.

Le troisième paragraphe de l'art. 2272 énumère parmi les contraignables " toute personne responsable comme caution judiciaire ou comme adjudicataire de biens meubles ou immeubles vendus en exécution du jugement d'un tribunal."

Il y a trois espèces de cautionnement, le cautionnement conventionnel, légal et judiciaire.

Le cautionnement conventionnel est celui qui intervient en vertu de la seule convention des parties.

---

(1) Papineau & Guy, Cour d'Appel, 9 Sept. 1871, 16 L. C. J., p. 127.

Le cautionnement légal est celui dont la prestation est ordonnée par la loi.

Le cautionnement judiciaire est celui qui est ordonné par le juge.

Citons comme exemple de cautionnement légal, celui que la loi oblige les héritiers présomptifs, les légataires et donataires de l'absent, l'usufruitier, l'usager, le conjoint survivant, l'héritier bénéficiaire de donner. La contrainte par corps ne s'exerce que contre la caution judiciaire.

Ce cautionnement a lieu, par exemple, lorsqu'il s'agit de l'exécution provisoire d'un jugement susceptible d'appel, qui ordonne le paiement d'une certaine somme. Des motifs de sagesse ont fait exiger des cautionnements en pareil cas, afin que si, sur l'appel, le jugement est réformé, celui qui a payé par provision, puisse exiger de la caution ce qu'il a été contraint de débourser.

Quelles sont les formalités à remplir lors de la réception d'un cautionnement judiciaire ? Notre Code de Procédure (1) indique les règles qu'il faut suivre. Ces règles sont tirées du titre 28 de l'Ord. de 1667.

Il est dit, par ce titre 28 de l'Ordonnance, que les jugements qui ordonnent de bailler caution, feront mention du juge devant lequel les parties se pourvoiront pour la réception de la caution ; que cette caution sera présentée par acte signifié à la partie ou au procureur, et que, si elle est agréé elle fera sa soumission au greffe ; soumission qui établit contre elle la contrainte par corps. Si la caution est contestée on doit, suivant la même loi, donner copie de la déclaration de ses biens, et en communiquer les pièces justificatives sous le récipiscé du procureur de la partie adverse ; ensuite, sur la première assignation donnée

(1) Art. 514 à 521.

à comparaître devant le juge, on procède sur le champ à la réception ou au rejet de la caution ; si elle est reçue elle fait alors sa soumission au greffe. Cette soumission est un acte par lequel elle s'oblige sous les peines ordinaires portées *contre ceux qui contractent envers la justice* de restituer la somme portée par la condamnation provisoire, au cas que, dans la suite, la restitution en soit ordonnée.

La contrainte en ce cas est impérative. En effet, il est de l'essence de toute caution judiciaire d'être contraignable de cette manière. Elle se soumet à cette condition en consentant au cautionnement.

La glose du Droit Canon et Bartole appelaient les cautions judiciaires *fide jussores judicii* et les distinguaient *a fide jussoribus contractûs.*

On maintient la contrainte contre elles, dit Bornier sur Ord. 1669, *propter auctoritatem judiciorum*, parce qu'on rendait par ce moyen les jugements illusoires, et que les cautions judiciaires sont *veluti depositarii bonorum justitiæ.*

De fait, la caution judiciaire *contracte avec la justice.* C'est ce qui explique la sévérité dont le législateur a fait preuve à son égard.

" C'est qu'il faut des liens plus forts et de plus grandes sûretés pour les obligations qui se contractent avec la justice ; " disait Treilhard dans son exposé des motifs. (1)

Il a été jugé que la caution judiciaire donnée au shérif sur un fref de *capias ad respondendum* n'était responsable que jusqu'au montant porté au dos de tel bref et pas plus ; (2)

Que la mort du défendeur avait pour effet de libérer la caution. (3)

---

(1) Maleville sur art. 2040.
(2) II Dec., Trib., p. 231.
(3) Rév. de juris. 111, p. 297.

Le cautionnement donné pour garantir des frais d'appel sur un jugement ordonnant contrainte par corps contre l'appelant, ne peut valoir contre les cautions sur un ordre de contrainte par corps obtenu par l'intimé après confirmation du jugement, que pour le montant des frais occasionnés par l'appel. (1)

Dans l'exécution de la contrainte, la caution judiciaire n'a pas droit au délai de quatre mois comme le tuteur : "*judicial sureties* are not entitled to a delay of four months before becoming *contraingnables par corps.*" (2)

Il a été jugé que les cautions données de poursuivre effectivement l'appel en vertu des arts. 1124 et 1125 du C. P. C. sur les appels de la Cour Supérieure, sont des cautions sujettes à la contrainte par corps. (3)

Quand un enchérisseur ne satisfait pas aux conditions sous lesquelles une adjudication judiciaire lui a été faite ; si, par exemple il ne paye pas le prix de l'adjudication, comme il le doit, on procède à une nouvelle vente, qu'on nomme *folle-enchère,* (4) parce que cette vente nouvelle se fait aux risques de l'adjudicataire.

Cette folle-enchère a lieu tant pour les immeubles que pour les meubles.

Tous les frais que cette revente occasionne, sont à la charge de celui qui y donne lieu ; et si elle se fait à un prix inférieur à celui de la première adjudication, il doit payer la différence. (5)

En un mot, comme c'est par son fait que le proprié-

---

(1) V. L. C. J., p. III. XIII, L. C. J., p. 26. XVII, Dec. Trib., p. 414.

(2) Dupras vs. Sauvé, 4 L. N., p. 290.

(3) Dumont vs. Dorion, 3, R. L., p. 360.

(4) Art. 690 C. P. C.

(5) Art. 693 C. P. C.

taire de la chose adjugée et les créanciers sont privés du bénéfice de l'adjudication, il doit supporter toutes les pertes que le propriétaire et les créanciers souffrent par la revente, même leurs dommages et intérêts.

Il y a plus, le Code Civil reproduisant en cela le principe énoncé dans l'art. 695 du C. P. C. rend l'adjudicataire contraignable par corps, pour le paiement de la différence entre le montant de son enchère et celui de la vente effective.

L'adjudicataire peut éviter la folle-enchère et, partant, cesser d'être contraignable par corps, en consignant entre les mains du shérif le prix de son adjudication, avec les intérêts accrus depuis telle adjudication et tous les frais encourus depuis son défaut. (1)

L'ancien droit contenait des dispositions analogues ou à peu près.

Si l'adjudicataire, dit Pothier, manque de payer dans la huitaine le prix de son adjudication, il y peut être contraint par corps, à moins qu'il ne soit de qualité à n'être pas sujet à cette contrainte de corps, comme si c'était une femme, un prêtre, etc. ; c'est ce qui résulte de l'édit de 1689, qui porte, art. 12, que tous dépositaires seront contraints, comme dépositaires de justice, c'est-à-dire par les mêmes voies, et par conséquent par corps.

L'adjudicataire est sujet à cette contrainte, tant pour le principal que pour les intérêts, qui, faute de paiement fait par lui, dans la huitaine, doivent courir contre lui du jour de l'adjudication.

Il est encore sujet à une autre peine qui est, que l'héritage peut être recrié à la folle-enchère. (2)

La poursuite par voie de folle-enchère est autorisée non-seulement lorsque l'adjudicataire ne satisfait pas

---

(1) Art. 694 C. P. C.

(2) Pothier, Traité de Proc. Civile, part. IV, ch. II, parag. VI.

aux conditions qui doivent être exécutées avant la délivrance du jugement d'adjudication, mais encore après la délivrance de ce jugement, à défaut de paiement du prix. (1)

Lorsqu'une première revente sur folle-enchère est suivie de plusieurs autres, chaque fol-enchérisseur *est tenu par corps* au payement de la différence entre leur adjudication respective et la revente finale, encore bien qu'une adjudication intermédiaire ait produit un prix supérieur. (2)

Le fol-enchérisseur est également tenu par corps des intérêts de son prix. (3)

Mais non des frais, loyaux coûts et accessoires de son adjudication. (4)

La Cour ne permettra pas la revente d'un immeuble à la folle-enchère d'un adjudicataire, durant la litispendance d'une intervention, au moyen de laquelle on demande que le décret soit annulé ; et sous les mêmes circonstances, elle n'accordera point la contrainte par corps pour défaut du paiement du prix d'acquisition (5)

Le principe doit être strictement observé en matière de contrainte par corps. Il faut qu'il y ait jugement final, comme nous l'avons déjà dit plus haut.

Une partie ne pourrait donc pas invoquer la contrainte par corps pour le paiement des frais relevant d'un incident dans la cause, sur une défense en droit, par exemple, en supposant que dans l'action principale on aurait conclu à payer même par corps. (6)

---

(1) Lyon, 26 nov. 1823 ;—Poitiers, 4 déc. 1823 ;—Riom, 5 avril, 1824 ;—Bourges, 5 janvier 1822.

(2) C. C. C. Paris, 23 fév. 1865.

(3) Riom, 12 juillet, 1838.

(4) Paris, 29 nov. 1816.

(5) Meath, Monaghan & Charlton 1 L. C. R. p. 241.

(6) V Dec. Trib. p. 421.

Il a été également jugé :

" That in a rule for *contrainte par corps* against a *fol-adjudicataire* to compel payment of the loss occasioned by the resale of the property originally adjudged to him, it is not necessary to describe the property.

" That personal service of such rule is not necessary, personal service of the motion for the rule being sufficient." (1)

R. LEMIEUX,
L. L. D.

Montréal, Mai 1896.

" Trois choses sont absolument nécessaires pour former un jugement équitable, l'autorité, la connaissance et l'intégrité : l'autorité dans la personne du juge ; la connaissance dans son esprit, et l'intégrité dans son cœur : l'autorité, pour pouvoir juger ; la connaissance, pour savoir juger ; et l'intégrité, pour vouloir bien juger. Si celui qui juge n'a pas un pouvoir et une autorité légitimes, son jugement est chimérique et nul : s'il n'a pas une juste connaissance de la cause, son jugement est faux et aveugle ; et s'il manque d'intégrité, son jugement est vicieux et corrompu."

BOURDALOUE, sur le jugement téméraire.

---

(1) Delisle *vs.* Sanche & Sanche, fol-adjudicataire, 30 nov. 1881, MacKay, Papineau & Buchanan, 26 L. C. J. p. 162.

DE LA VENTE PAR AUTORITÉ JUDICIAIRE A LAQUELLE LES TUTEURS ET CURATEURS PEUVENT ACHETER LES BIENS DE LEURS PUPILLES

Toute personne peut acheter et vendre, si elle n'en est point déclarée incapable par la loi.

Les incapacités d'acheter établies par notre Code civil sont de six catégories ; elles sont mentionnées dans les articles 290, 1483, 1484 et 1485.

La *première* comprend le mari et la femme, auxquels la loi défend complètement le contrat de vente de l'un à l'autre. La raison de cette prohibition est qu'autrement il leur serait facile de s'avantager, et il en résulterait souvent une fraude aux droits de leurs créanciers.

La *deuxième* se rapporte aux tuteurs et aux curateurs qui ne peuvent acheter les biens de leurs pupilles, excepté à une vente par autorité judiciaire.

La *troisième* est celle des mandataires, pour les biens qu'ils sont chargés de vendre.

La *quatrième* renferme les administrateurs ou syndics, à l'égard des biens qui leur sont confiés et dont ils ont l'administration.

La *cinquième* est celle des officiers publics, des biens nationaux dont la vente se fait par leur ministère, comme les agents des terres de la couronne.

Enfin la *sixième* comprend les personnes qui occupent certaines charges publiques ou certaines fonctions judiciaires, comme les juges, les avocats et procureurs, les protonotaires, les greffiers, les shérifs, les huissiers, qui ne peuvent acquérir aucun des droits litigieux de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs charges ou fonctions.

La loi n'a pas voulu placer ces diverses personnes

entre leur devoir et leur intérêt. En leur enlevant le droit de devenir acquéreurs des biens qui se trouvent placés sous leur contrôle, soit par la loi ou par suite de la confiance des intéressés, elle a fait disparaître un appât qui aurait pu les entraîner à sacrifier les intérêts de leurs protégés à leur propre ambition.

En dehors des exceptions ci-dessus, mentionnées au traité de la vente dans notre Code civil, il y a une autre incapacité qui résultent de l'état de certaines personnes. Elle est générale et s'applique à toutes les espèces de contrat.

Ainsi le mineur et l'interdit ne peuvent ni vendre, ni acheter, excepté sous les conditions déterminées par la loi (C. c. arts. 984, 986) ; la femme mariée, qui ne peut acheter sans l'autorisation formelle ou présumée de son mari, excepté la femme marchande publique, pour les fins de son commerce (C. c. art. 179), et la femme séparée de biens, pour ce qui regarde l'administration de ses biens (C. c. art. 177, 985) ; le mort civilement, dont l'incapacité est permanente (C. c. art. 36).

***

Parmi ces incapacités nous voulons examiner particulièrement celle du deuxième paragraphe de l'article 1484, qui se lit comme suit :

1484. *Ne peuvent se rendre acquéreurs, ni par eux-mêmes, ni par parties interposées, les personnes suivantes, savoir :*

Les tuteurs et curateurs des biens de ceux dont ils ont la tutelle ou la curatelle, excepté dans le cas de vente par autorité judiciaire........

Cette règle est confirmée par l'article 290 du C. c.

290......... *Il (le tuteur) ne peut ni acheter les biens du*

mineur, ni les prendre à ferme, ni accepter la cession d'aucun droit ou d'aucune créance contre son pupille.

Ce dernier article ne contient pas, il est vrai, l'exception que l'on trouve dans le premier, mais les deux contenant la même règle, il faut les lire tous les deux ensemble.

Il est inutile d'insister sur la nécessité de cette prohibition. Elle est d'autant plus nécessaire que nous n'avons pas dans notre droit, comme il y avait chez les Romains et dans les pays de droit écrit, les tutelles testamentaires et les tutelles légitimes, c'est-à-dire celles qui provenaient de la volonté du père et celles qui étaient toujours choisies dans la famille parmi les agnats et par ordre de succession. Toutes nos tutelles sont datives (C. c. art. 249), c'est-à-dire qu'elles sont déférées par le juge ou le tribunal, sur avis du conseil de famille. Tel était le droit Coutumier que nos législateurs ont adopté.

Cette liberté accordée au juge ou au tribunal leur permet de nommer tuteur d'un mineur n'importe quelle personne, même un étranger, qui, par conséquent, n'aura aucun intérêt, ni souvent même d'inclination naturelle à la conservation des biens de leurs pupilles. Aussi l'expérience nous prouve combien de mineurs ont été la victime de tuteurs sans scrupule, qui, même avec tous les dehors de la légalité, ont su faire passer graduellement dans leur patrimoine celui des mineurs qu'ils étaient chargés de protéger. Cette sévérité de la loi n'est donc qu'un acte de grande sagesse du législateur.

***

Mais l'article 1484, comme toutes les lois d'exclusion, comme toutes celles qui dérogent au droit commun, doit s'interpréter strictement et dans les ter-

mes mêmes dans lesquels il est écrit, sans qu'il puisse être étendu à des cas analogues.

C'est guidé par ces principes d'interprétation que nous examinerons dans quel cas il est permis aux tuteurs et aux curateurs, sous l'article 1484 du Code civil, d'acheter les biens de leurs pupilles. En d'autres termes, que signifie l'exception de l'article 1484 : *Excepté dans le cas de vente par autorité judiciaire.*

Evidemment, la loi étant prohibitive, l'exception prouve la règle ; et les tuteurs et curateurs ne pourront acheter que dans une vente judiciaire.

Mais qu'est-ce qu'une vente par autorité judiciaire ? Y a-t-il lieu de faire une distinction entre la vente forcée faite à la poursuite d'un créancier ou d'un co-propriétaire et la vente ou licitation volontaire autorisée en justice ?

Quant à la vente forcée, elle n'offre aucune difficulté, c'est bien une vente par autorité judiciaire.

La vente ou licitation autorisée en justice offre plus de doute, en ce qu'elle est volontaire et est faite au nom des intéressés. Dans ces ventes, l'acheteur tire son titre non de la loi appliquée par l'autorité judiciaire, comme dans les ventes forcées, mais du propriétaire de l'objet vendu.

Les tuteurs et les curateurs peuvent-ils, à ces dernières ventes, se porter acquéreurs des biens de leurs pupilles ?

C'est ce que nous allons examiner.

***

Cette prohibition de la loi est aussi ancienne que la raison même qu'il l'a fait naître. On la trouve dans le droit romain qui défendait à un tuteur d'acheter un bien appartenant à son pupille. (1)

---

(1) L. 34, § 7. *Tutor rem pupilli emere non potest.*

Néanmoins la nullité qui en résultait n'était pas absolue, elle était relative au mineur et à l'interdit qui seuls pouvaient s'en prévaloir.

C'est encore notre droit, le dernier paragraphe de l'article 1484 de notre Code déclare que cette nullité ne peut être invoquée par l'acheteur, et qu'elle n'existe qu'en faveur du propriétaire ou autre partie ayant un intérêt dans la chose vendue.

Bien plus le droit romain maintenait les ventes faites aux tuteurs lorsqu'elles étaient faites sans fraude, de bonne foi et que les droits des mineurs ou des interdits n'y étaient pas lésés.

Cette doctrine passa du droit écrit dans les Coutumes : " Nous ne pouvons, dit Pothier (1) acheter ni par nous-même, ni par personne interposée les choses qui font partie des biens dont nous avons l'administration. Ainsi un tuteur ne peut acheter les choses qui appartiennent à son mineur ; un administrateur ne peut acheter aucune chose dont il a l'administration ".

Plus loin, Pothier admet l'exception :

" Cette nullité, dit-il, (*loc. cit.*) n'est établie que pour empêcher les fraudes par lesquelles un tuteur pourrait ou acheter à vil prix, ou se rendre acheteur de choses qu'il n'est pas de l'intérêt de son mineur de vendre. L'effet de la loi cesse lorsqu'il n'y a aucun intérêt de soupçonner ces fraudes. C'est sur ce principe qu'il est décidé qu'un tuteur est reçu à enchérir et à acheter les biens saisis par le créancier de son mineur ".

Pothier semble, il est vrai, baser son opinion sur une décision (2) qui aurait permis à un tuteur d'a-

---

(1) *Vente No.* 13.

(2) *Arrêt de la Grande Chambre,* 12 *janvier* 1620, *rapp. par Tronçon, Criées. p.* 362.

cheter les biens de son mineur à une vente forcée, mais la doctrine qu'il en déduit c'est que, conformément à ce que l'on enseignait de son temps, cette défense contre les tuteurs n'était appliquée qu'au cas de mauvaise foi et de fraude.

En effet tous les anciens auteurs enseignent qu'on admettait les tuteurs et curateurs à enchérir et à acheter les biens des mineurs lorsque la vente en était faite aux enchères et par décret.

Despeisses (1) dit : " Mais les tuteurs, curateurs, procureurs et autres administrateurs ne peuvent pas acheter les biens de ceux dont ils ont l'administration, sinon que la vente s'en fasse à l'enchère, car alors tout soupçon de fraude cesse, et il est utile au pupille qu'il y ait plusieurs enchérisseurs ".

Ferrière (2) : " Les tuteurs peuvent se rendre adjudicataires des biens de leurs mineurs, adjugés par décret, comme il a été jugé par arrêt en l'audience de la Grande Chambre, le 12 janvier 1810, pourvu qu'il n'y ait de la fraude ".

Trolong, (3). " Néanmoins, (dans l'ancien droit), si la vente se faisait à l'enchère, on ne défendait pas au tuteur de se porter adjudicataire ".

Thibault (4) : " On prétend que les tuteurs eux-mêmes peuvent être adjudicataires des biens de leurs pupilles, et qu'on ne doit s'y opposer que lorsqu'il y a insolvabilité à craindre...................... ; il est encore nécessaire que les parents y consentent et que toutes les formalités pour la vente des biens des mineurs soient scrupuleusement observées, et d'Héricourt ne saurait croire qu'en pays Coutumier on observait la

(1) *Vol. I. p.* 11, *no* 11.
(2) Cout. de Paris, titre 16, art. 359, no 11, p, 1427.
(3) Vol. I. Vente, no 187, p. 313.
(4) *Traité des Criées, p.* 218.

loi qui donne cette faculté au tuteur, à moins que sa bonne foi ne fût justifiée par toutes les circonstances ".

Ces autorités établissent qu'avant le Code pour que l'adjudication aux tuteurs ou aux curateurs des biens de leurs pupilles fût maintenue, il fallait que la vente fût faite à l'enchère et par décret. Ce que l'on exigeait c'était la bonne foi, le seul objet de la prohibition paraissant avoir été d'écarter le tuteur frauduleux. Une discrétion sur l'appréciation des faits capables de rendre la vente nulle était laissée aux tribunaux.

Ce qui le prouve, ce sont les arrêts apparemment contradictoires en droit que l'on trouve dans Brillon (1) : " Jugé, le 20 juin 1521, qu'un tuteur peut s'accommoder des biens de son mineur, quand personne ne fait la condition plus avantageuse." Cet auteur cite également dans le même sens l'arrêt de la Grande Chambre du 12 janvier 1620 ci-dessus mentionné, et un autre arrêt de Provence, du 2 mars 1634. D'un autre côté, il a été jugé par le Parlement de Grenoble, le 15 juillet 1666, que "si le tuteur est devenu adjudicataire comme dernier enchérisseur, le pupille s'en prévaudra " (2).

***

Notre Code n'a rien changé à ces principes. Nous n'avons pas imité le Code Napoléon, qui a rendu la défense d'acheter absolue quant aux tuteurs et aux curateurs, et n'a pas admis l'exception de notre article 1484 pour les ventes judiciaires.

Nous croyons que la règle du droit français est trop sévère.

---

(1) *Dictionnaire des Arrêts, vo Tuteur, adjudicataire, et vo Adjudication-Tuteur.*

(2) *Voir : Tronçon sur Paris, Criées, art.* 359, *vo adjudicataire. p.* 862 ; *Meslé, Minorité, pt. I. ch.* 9. *no* 3 ; *Bourjon, vol I, p.* 55.

Pourquoi, en effet, refuser aux tuteurs et aux curateurs le droit d'enchérir et d'acheter à ces ventes ? Ne sont-elles pas entourées de toutes les précautions que peut suggérer la prudence humaine. Avant d'être offerts en vente, les biens doivent être évalués par des experts, le conseil de famille est consulté et ensuite le juge ordonne la vente aux enchères publiques avec une mise à prix qu'il fixe lui-même, les annonces sont faites comme dans une vente forcée et enfin la vente se fait par un huissier, devant un notaire nommé par l'ordonnance, lequel veille, aux lieu et place du juge, à ce que la vente soit conduite légalement selon les fins de la justice.

Y a-t-il après cela aucun danger à laisser le tuteur ou le curateur enchérir et acheter à cette vente. Au contraire, les exclure ne serait-t-il pas causer un préjudice aux mineurs en diminuant le nombre, généralement assez restreint, des enchérisseurs à ces sortes de ventes ? " Le tuteur, dit Coquille (1) enchérissant l'immeuble de son mineur fait son profit et provoque les autres à enchérir par-dessus."

Tel était l'ancien droit, et tel est, suivant nous, l'esprit de l'article 1484 de notre Code civil.

***

Mais les termes mêmes de cet article, savoir, ces mots : "*par autorité judiciaire*" ne comprennent-ils pas, dans leurs sens propre, la vente par autorité de justice ? *Autorité judiciaire* et *autorité de justice* sont synonymes dans leur signification ; l'un est le nom, l'autre l'adjectif.

D'après nos lois, les biens des mineurs ne peuvent se vendre que de quatre manières :

---

(1) Titre des exécutions, criées et subbastation, art. 7.

1o Les biens, meubles, effets mobiliers et créances que le tuteur doit faire vendre aussitôt après qu'il a prêté serment. Il peut faire cette vente de sa propre autorité sans l'intervention de la justice. Il lui suffit d'observer les formalités que la loi lui impose. Ainsi, d'après l'article 293 C. c., il doit faire cette vente en présence du subrogé-tuteur, à l'enchère publique et après les publications ordinaires dont le procès verbal doit faire mention.

Cette vente n'est pas une vente judiciaire, car elle ne requiert pas l'intervention de la justice. Les tuteurs ou curateurs ne peuvent pas s'y rendre adjudicataires des biens de leurs mineurs.

2o Les biens meubles et immeubles d'un mineur peuvent être vendus par expropriation forcée à la poursuite d'un créancier ou d'une autorité supérieure. Cette vente requiert, en dehors des procédures spéciales qui peuvent être établies par statut, la saisie des biens par un officier public, shérif ou huissier, puis les annonces, les enchères et le décret.

Il va sans dire que cette vente est judiciaire et que les tuteurs et curateurs y peuvent acheter comme toute autre personne.

3o et 4o La troisième et quatrième manière de vendre des biens de mineurs est la vente et la licitation volontaire autorisée en justice.

La dernière n'est qu'un mode plus rapide, introduit par les Statuts de Québec, 35 Vict., ch. 7, 36 Vict., ch. 17 et 18, de faire cette vente lorsque la valeur des biens n'excède pas $400.00.

Les deux sont de même nature et sont régies par les mêmes principes.

Si on examine les formalités qui accompagnent ces dernières ventes faites par autorité de justice, on y trouve tous les éléments de la vente judiciaire forcée. Le jugement est rendu par le juge sur la requête des

intéressés, la désignation des biens et l'expertise qui les met sous la main de la justice, les annonces, l'officier public qui préside à la vente, les enchères et le décret. L'ordonnance même, suivant la forme qui a toujours été employée, qualifie cette vente de judiciaire. "*Pourvu*, dit la formule, *toujours il est par les présentes ordonné que la vente sera faite judiciairement, au plus offrant et au dernier enchérisseur, par encan public, par un huissier de la Cour Supérieure, etc.*"

Meslé (1) dans son traité sur la Minorité, dit en parlant des Arrêtés du Président de Lamoignon : "Les articles expliquent que la vente faite par autorité de justice est celle qui se fait par un sergent."

L'on peut donc conclure que les mots *par autorité judiciaire* comprennent dans leur sens propre les ventes par autorité de justice.

***

C'est aussi cette interprétation que les auteurs modernes ont donnée à ces expressions, sous les articles 1649 et 1684 du Code Napoléon, qui déclare que l'action redhibitoire n'a pas lieu "dans les ventes faites par autorité de justice," et que la lésion "n'a pas non plus lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice." (2)

Le Code Napoléon considère si bien que la vente de biens de mineurs par autorité de justice est une vente judiciaire qu'il la déclare inattaquable pour lésion, lui donnant en cela la préférence sur la licitation judiciaire entre majeurs et présents, qui peut être attaquée pour lésion. Parce que, dit Laurent, "c'est

---

(1) *p. 179.*

(2) *Trolong Vente, vol, II, no 856; 16 Duranton, no 458, p. 490; Laurent, no 426; Dalloz et Vergé, sous l'art 1684.*

(3) *Vente no 426.*

la justice qui vend pour suppléer au défaut de volonté ou de capacité des parties."

***

Dans une cause de *Benoit vs. Benoit*, il est rapporté dans la *Revue Légale* (1) que la Cour d'Appel, confirmant un jugement de la Cour Supérieure, aurait jugé : " Qu'un curateur à une substitution ne peut, par personne interposée, se porter adjudicataire des immeubles de la substitution vendus par autorité de justice."

Mais le jugement de la Cour Supérieure, qui se trouve au long dans le rapport, ne justifie nullement ce jugé ; et celui de la Cour d'Appel n'est pas rapporté, il est seulement mentionné que le jugement y a été confirmé unanimement. En parcourant l'exposé des prétentions des parties et leur argument contenus dans le rapport, on voit plutôt que la vente aurait été annulée, dans cette cause, pour défaut de formalités essentielles ; la principale question soulevée étant que la licitation n'avait pas été demandée par tous les intéressés, y compris un tuteur *ad hoc* représentant les appelés nés et les incapables, mais seulement par les grevés et le curateur à la substitution. Ce qui, d'après l'article originaire 945 du Code civil, devait être fatal.

Depuis, le statut de Québec, 38 Vict. ch. 13, a amendé cet article de manière à ce que le curateur à la substitution puisse représenter tous les appelés *nés ou à naître*.

***

Enfin un dernier argument en faveur de notre opinion peut se tirer de la phraséologie de l'article 1278

---

(1) *Vol. 8, p. 425, Torrance J., C. S. 1875, confirmé en appel, en 1876.*

du Code de procédure civile qui déclare que : " Dans le cas de licitation volontaire d'un immeuble possédé par indivis par le tuteur et ses pupilles, et qui ne peut se partager commodément, il est procédé en la forme ci-dessus, et l'adjudication au tuteur n'est pas valable si les mineurs ne sont pas représentés à la vente par un tuteur *ad hoc.*"

Cet article admet le principe que le tuteur peut acheter à une vente autorisée en justice les biens de son mineur, puisqu'il ajoute que la vente *ne sera pas valable,* à moins que, dans le cas où les biens seraient possédés par indivis par lui et son pupille, une nouvelle formalité, savoir, la nomination d'un tuteur *ad hoc* ait été remplie. Or, si un tuteur *ad hoc* a été nommé, l'adjudication au tuteur sera donc valable. C'est admettre que le tuteur avait déjà la capacité d'acheter ; autrement, le législateur aurait dit : la vente *sera valable,* donnant ainsi au tuteur un pouvoir qu'il n'avait pas. Tandis qu'il s'est contenté de restreindre ce pouvoir en l'entourant, pour ce cas spécial, des plus grandes précautions en faveur du mineur.

***

Nous concluons donc, en résumé, que si nous remontons aux sources de l'article 1484 du Code civil qui se trouvent dans le droit romain, dans la doctrine et la jurisprudence de notre ancien droit ; si également nous recherchons l'esprit du législateur, de même que et si nous étudions les termes mêmes de cet article et du contexte des Codes, nous trouverons que les mots " *vente par autorité judiciaire* " du premier paragraphe de l'article 1484 du Code civil, comprennent non seulement les ventes et expropriations forcées, mais aussi les ventes et licitations volontaires faites par autorité de justice ; et que, par conséquent, les tuteurs et les

curateurs peuvent, à ces ventes, enchérir et se rendre adjudicataires des biens de ceux dont ils ont la tutelle et la curatelle.

J. J. BEAUCHAMP.

LE DROIT COMME PROFESSION

Un numéro assez récent du *Strand Magazine* contient un article magistral de Lord Russell sur cette matière.

Lord Russell se pose d'abord cette question : " Quel " motif doit porter un jeune homme à se livrer à la " profession du droit ? "

" Je réponds tout de suite : L'amour de la profes- " sion pour elle-même ; sans cela, il trouvera bien " dures, les premières années d'attente et d'observa- " tion dont il ne verra pas l'utilité actuelle. Le suc- " cès s'obtient rarement d'un seul coup ; et le succès " ainsi acquis serait encore plus rarement certain et " durable...... Ensuite, j'indique la santé et l'énergie " comme conditions indispensables de succès dans la " profession."

Les qualités mentales qu'il faut posséder pour réussir ? " Je réponds en un mot, écrit Lord Russell, il " faut une tête remplie de bon sens."

Voilà d'après Lord Russell les conditions qui rendent le succès, humainement parlant, certain et inévitable : L'amour de la profession, la santé pour en endurer les épreuves, le bon sens et une volonté qui sait attendre patiemment.

Lord Russell termine en recommandant de fortes études universitaires et des connaissances universelles.

En résumé, c'est dire aux jeunes avocats : Courage, le succès dépend de vous.

DISCOURS SUR LES DEVOIRS, L'HONNEUR, LES AVANTAGES ET LES JOUISSANCES DE LA PROFESSION D'AVOCAT (1)

BUT.—BASES.—MOYENS.

I

BUT DE LA PROFESSION D'AVOCAT.

Son but est le but même où tend la justice : *Faire rendre à chacun le sien.*

De sorte que celui qui est injustement menacé dans son bien, dans sa liberté, dans sa vie, dans son honneur, trouve par elle et par nous protection et sécurité.

De sorte que le petit, le faible, l'opprimé, le spolié, couverts par le dévouement qu'elle nous inspire, grandis par le courage qu'elle nous donne, trouvent, par elle et par nous, force, appui, restitution.

II

BASES DE LA PROFESSION.

Notre profession repose sur la probité, le travail et le désintéressement.

§

1o *Probité.*

Il ne s'agit pas ici de cette honnêteté vulgaire qui, restituant avec fidélité ce qu'on lui a confié, rend exactement poids pour poids et mesure pour mesure. Il s'agit de cette délicatesse de sentiments,

(1) Prononcé le 22 novembre 1856, à l'ouverture des conférences du Barreau de Paris.

point d'honneur de la probité, qui, craignant toujours de rester en deçà du devoir, va toujours au delà.

Que d'autres qualifient cette délicatesse d'excessive et se plaignent de ses exigences ! Nous trouvons, quant à nous, qu'elle est aussi naturelle et aussi nécessaire à notre profession que la parole elle-même.

" Ce que les autres hommes, a dit un magistrat de " la Cour de Paris, (1) ce que les autres hommes appel- " lent des qualités extraordinaires, les avocats les " considèrent comme des devoirs indispensables."

§

2o *Travail.*

Ceux d'entre vous qui pourraient redouter l'excès du travail doivent se garder de faire un pas de plus ; car ce qui les attend, s'ils avancent, c'est ce *labor improbus* dont parle Virgile, (2) c'est un travail sans repos.

" La vocation des avocats, dit La Roche Flavin, (3) " guérit les gens de paresse, parce que estre avocat " et se lever matin sont deux choses inséparables."

Ce que je dois vous faire remarquer sur ce point, c'est que le travail de l'avocat n'est qu'un des côtés de sa probité professionnelle.

En se chargeant d'une affaire, l'avocat se donne tout entier à son client, — tout entier ! jusqu'aux limites du juste et du vrai.

En conséquence, l'étude la plus approfondie et le travail le plus constant sont, pour lui, à partir de ce

---

(1) Président Dupuy, Favard de Langlade, vo. Avocat.

(2) " *Tunc variæ veneres artes : labor omnia vincit,*
Improbus et duris urgens in rebus egestas."
Georgica lib. T. V. 145.

(3) Liv. 3, ch. 2, No. 12.

Vous en apprécierez l'étendue et vous comprendrez aussi la nécessité de la consolider sans cesse, si vous songez que vous êtes appelés à parler ou à écrire *sur tout ce qui peut être le sujet d'une discussion judiciaire.*

HONNEUR ET AVANTAGES.

§

L'*honneur* que nous tirons de notre profession est grand, et les *avantages* qu'elle nous procure sont nombreux.

I

HONNEUR.

Quant à l'honneur qui, de notre profession, rejaillit sur nous, il a pour cause l'universalité et la grandeur des services qu'elle nous donne l'occasion de rendre, services journaliers et qui s'adressent à tous, puisque, tuteurs naturels des petits, nous sommes aussi les conseillers des grands.

Les riches, en effet, et les puissants du monde ont, comme les pauvres, recours à notre parole ; nous comptons les princes et les rois au nombre de nos clients ; et, comme l'a dit d'AGUESSEAU à vos ancêtres : " Ceux dont la fortune entraîne toujours, " après elle, une foule d'adorateurs, viennent dépo- " ser chez vous l'éclat de leurs dignités pour se sou- " mettre à vos décisions et attendre de vos conseils " la paix et la tranquillité de leurs familles." (1)

II

AVANTAGES.

Les *avantages* dont nous jouissons, par elle, sont, l'honorabilité de la vie, la pureté et la stabilité de la

---

(1) Indépendance de l'avocat, 1693.

fortune, l'égalité et la confraternité des rapports professionnels.

§

1o *Honorabilité de la vie.*

Unis, dans ce Palais, par une vie commune, soumis à une discipline sévère, mis en contact journalier avec les magistrats, ces pontifes de la loi, et les officiers ministériels, ces auxiliaires, comme nous, de la justice, obligés d'étudier et d'invoquer sans cesse les préceptes de la loi naturelle et les prescriptions des lois positives, nous devons à notre profession le rare bonheur de vivre dans une atmosphère de haute intelligence et de haute moralité.

§

2o *Pureté et stabilité de la fortune.*

D'AGUESSEAU loue notre profession d'être à l'abri des coups de la fortune et de ne devoir ses succès qu'au travail et au mérite :

" Vous aspirez, dit-il, a des biens qui ne sont pas " soumis à la domination de la fortune. Elle peut, à " son gré, disposer des honneurs ; aveugle dans ses " choix, confondre tous les rangs et donner aux " richesses les dignités qui ne sont dues qu'à la " vertu : quelque grand que soit son empire, ne crai- " gnez pas qu'il s'étende sur votre profession.

" Le mérite, qui en est l'unique ornement, est le " seul bien qui ne s'achète point, et le public, tou- " jours libre dans son suffrage, donne la gloire et ne " la vend jamais.

" Vous n'éprouvez ni son inconstance, ni son ingra- " titude : vous acquérez autant de protecteurs que " vous avez de témoins de votre éloquence ; les per- " sonnes les plus inconnues deviennent les instru-

" ments de votre grandeur ; et, pendant que l'amour
" de votre devoir est votre unique ambition, leurs
" voix et leurs applaudissements forment cette haute
" réputation que les places les plus éminentes ne
" donnent pas." (1)

La moralité et la stabilité d'une position conquise par cette voie sont facilement appréciables par elles-mêmes ; mais elles deviennent plus précieuses, encore, à une époque où la société, se laissant volontairement entraîner, par le courant des idées et des intérêts, vers ces valeurs mouvantes que la Bourse tient dans une perpétuelle agitation, se plonge avidement, chaque matin, dans la dangereuse tentation du jeu.

Heureux ceux qui, fondant leur fortune sur le travail, sont, obligés par les devoirs de leurs profession, de détourner leurs regards de ce jeu trompeur. Songez-y, le jeu n'obéit qu'aux gens trop habiles, et, défiant les calculs des autres, il n'a, pour ceux-ci, d'autre règle que le caprice ; il donne aux événements les conséquences les plus imprévues, met la *baisse* dans une nouvelle apportant la paix du monde, et suspend la *hausse* à la selle fantastique d'un *Tartare* imaginaire ! (2)

§

3o *Egalité.*

Parmi nous, chers confrères, règne l'*égalité*.

On n'y connaît d'autres distinctions que les différents degrés du mérite et de la vertu.

D'AGUESSEAU a signalé ce caractère en des termes tels que la grande voix de 1789 semble n'être que l'écho des éloquentes paroles du magistrat de 1693 :

---

(1) Indépendance de l'avocat. 1693.

(2) Prise de Sébastopol, annoncée deux ans à l'avance par un prétendu Tartare.

" Heureux, dit-il, d'être dans un état où faire sa " fortune et faire son devoir ne sont qu'une même " chose ; où le mérite et la gloire sont inséparables ; " où l'homme, unique auteur de son élévation, tient " les autres hommes dans la dépendance de ses " lumières et les force de rendre hommage à la seule " supériorité de son génie !

" Ces distinctions qui ne sont fondées que sur le " hasard de la naissance, ces grands noms, dont " l'orgueil du commun des hommes se flatte et dont " les sages mêmes sont éblouis, deviennent des secours " inutiles dans une profession dont la vertu fait toute " la noblesse et dans laquelle les hommes sont esti- " més, non par ce qu'ont fait leurs pères, mais par ce " qu'ils font eux-mêmes.

" Ils quittent, en entrant dans ce corps célèbre, le " rang que les *préjugés* leur donnaient dans le monde, " pour reprendre celui que *la raison leur donne dans* " *l'ordre de la nature et de la vérité.*

" La justice, qui leur ouvre l'entrée du Barreau, " efface jusqu'au souvenir de ces différences *inju-* " *rieuses à la vertu*, et ne distingue plus que par le " degré de mérite ceux qu'elle appelle également aux " fonctions d'un même ministère." (1)

§

4o *Confraternité.*

Nulle profession, chers confrères, ne présente, à un degré aussi marqué que la nôtre, le sentiment de la confraternité.

Ce sentiment ne se manifeste pas seulement par cet appui mutuel que certaines corporations procurent, également, à ceux qui les composent. Il apparaît et

---

(1) Indépendance de l'avocat, 1093.

il nous unit dans tous les actes de notre vie professionnelle.

La confraternité est née, parmi nous, de l'organisation et des nécessités mêmes de notre profession.

Les mêmes études nous ont préparés, une même école nous a formés, un même esprit nous anime ; et, réunis dans un même temple, c'est sur le même autel que nous sacrifions, alors même que nous paraissons divisés par la contradiction des vœux que nous adressons à la Justice.

Nous ne pouvons plaider, au civil, sans le concours d'un confrère, qui nous combat aujourd'hui, mais qui, demain, sera notre allié et notre collaborateur ; car la consultation et la défense nous réunissent souvent sous le même drapeau.

Et, quand nos drapeaux sont opposés, il nous importe encore, et il importe à nos clients, que nous restions fraternellement unis, puisque l'un de nos premiers devoirs est de tenter la conciliation, avant d'engager le combat.

Nos succès personnels, exclusivement obtenus par le travail et le mérite, ne pouvant, jamais, être le résultat de l'intrigue, de la faveur ou du hasard, ne peuvent, non plus, allumer l'envie et n'engendrent, jamais, qu'une généreuse émulation.

Joignez à ces raisons le respect traditionnel des nouveaux pour les anciens et l'affection paternelle des anciens pour les nouveaux, et vous comprendrez que cette confraternité, dont on loue notre Ordre et dont il se vante, à si juste titre, est une conséquence presque nécessaire de notre organisation.

Il faut nous en féliciter ; car, dans une profession que l'on ne peut, pour ainsi dire, exercer seul ; où il faut, si souvent, avoir un collègue en face de soi ; où ce collègue change tous les jours ; où, appelé pour le combat, ce collègue, animé par le devoir et la convic-

tion, parle avec hardiesse contre celui qu'il a pour adversaire ; où l'esprit s'excite par la contradiction ; où la vivacité de l'attaque appelle une plus grande vivacité de la réponse, que deviendrions-nous, grand Dieu ! si la confraternité ne descendait du ciel pour tempérer ces luttes; si aux armes acérées elle ne substituait des armes courtoises ; si, tempérant notre zèle et modérant notre ardeur, elle n'empêchait les querelles de clients de dégénérer en querelles d'avocats ; si, à la fin de chaque audience, elle ne jetait son *quos ego*... à ces flots tumultueux, dont l'auditoire seul répète le murmure !

C'est elle, c'est cette confraternité dont, un jour, vous connaîtrez toutes les douceurs, qui, seule, nous arrête, et, seule, nous permet, la journée finie, de serrer fraternellement ces mains toujours amies, quoique toujours rivales.

JOUISSANCES DE LA PROFESSION.

§

Après avoir constaté l'honneur que notre Profession jette sur nous et les avantages qu'elle nous donne, recherchons quelles sont ses *jouissances*.

Elle en a de grandes, chers confrères, — sans parler des vacances, — ce repos nécessaire, dont le charme principal est de rendre plus libre, plus fréquent et plus intime notre commerce avec ces vieux auteurs qu'Horace(1) et le bon goût nous recommandent de lire et le jour et la nuit.

§

1o *Le plaisir de travailler.*

Et d'abord, *le plaisir de travailler.*

---

(1) *Nocturna versate manu, versate diurna.*
De arte poetica

Je n'ai rien à vous en dire ; vous le connaissez comme moi.

C'est le travail qui, dès votre enfance, vous prenant par la main, vous a, de degrés en degrés, conduits jusque dans cette enceinte ; c'est lui qui, jour par jour, a formé les trésors de votre mémoire ; c'est lui qui a fortifié, élevé, agrandi votre intelligence ; c'est lui qui, étendant l'horizon de votre esprit, vous a rendus contemporains de tous les âges, et vous a faits les hôtes, les commensaux, les confidents et les juges de tous les héros, de tous les sages, de tous les savants, de tous les poëtes, de tous les artistes, de tous ceux qui, depuis que le monde existe, ont été, par le génie, couronnés rois de l'humanité.

Vous en connaissez donc tous les charmes.

Mais vous êtes encore au printemps ; pour vous, l'arbre de la vie n'a pas encore conquis toutes ses feuilles. Puissiez-vous ne pas apprendre avant qu'elles soient tombées que le travail est, sur la terre, le plus grand des consolateurs !

§

Quant à la nature des occupations qui vous attendent, il ne s'agira pas, pour vous, de ces travaux monotones et sans attrait qui, n'ayant en leur faveur que leur utilité, se répètent et se copient sans cesse. Les vôtres seront la variété même, car ils s'appliqueront à des faits toujours différents, à des actes sur l'interprétation desquels les juges eux-mêmes sont rarement d'accord, à des lois diversement interprétées par ceux mêmes qui les ont faites et que, d'ailleurs, on change et on augmente sans cesse.

Obligés d'étudier perpétuellement la morale, la législation, l'histoire, la littérature, les sciences et les arts, vous devrez, en outre, rechercher leur appli-

cation aux affaires humaines, et, muets dépositaires des secrets les plus cachés des familles, vous aurez sans cesse sous les yeux l'émouvant spectacle des hommes aux prises avec l'intérêt.

§

La satisfaction morale qui résulte de cette culture perpétuelle et si variée de l'esprit n'est pas l'apanage exclusif de notre profession, j'en conviens ; d'autres la possèdent comme elle ; mais il est des plaisirs qui lui sont particuliers.

§

2o *Le plaisir de concilier.*

Et, avant tout, *le plaisir de concilier.*

Quoi de plus doux que d'appeler et d'obtenir une transaction sur un procès grave, obscur, difficile, dont la perte peut ruiner un honnête homme ?

Quoi de plus doux que d'étouffer, dans son germe, le scandale qui menace une famille entière et d'éloigner d'elle le déshonneur ?

Quoi de plus doux que de ramener la concorde entre amis, entre parents, entre époux ?

Lorsque nous obtenons ce résultat, chers confrères, nous nous élevons à la dignité du lévite accomplissant sur la terre sa divine mission de paix.

Concilier ! c'est le plus grand service que nous puissions rendre. Il dépasse souvent celui du succès même, car il éteint la haine en éteignant le procès.

Vous aurez donc à vous souvenir, pendant toute votre carrière, que votre premier devoir est de tenter la conciliation. Vous n'y arriverez souvent, je vous le prédis, qu'avec beaucoup de peine et à vos dépens.

La transaction que vous proposerez exigera, par cela seul qu'elle sera une transaction, le sacrifice

d'un droit apparent, et coûtera à l'amour-propre du plaideur, que cet amour-propre conduit près de nous aussi souvent que l'intérêt. Peut-être votre client entrera-t-il en défiance de vos lumières et de votre zèle ; peut-être, même, vous soupçonnera-t-il de connivence avec son adversaire et renoncera-t-il à votre patronage.

Cependant, il pourra céder ; — mais rarement de bon cœur, et, l'éclat de la plaidoirie n'ayant pas frappé ses yeux, il vous remerciera d'un salut, comme s'il n'y avait eu ni procès, ni travail, ni effort, ni service. Heureux serez-vous s'il ne vous garde pas rancune des conseils qu'il aura suivis et si, quelque procès nouveau survenant, il ne se mette pas en quête d'un défenseur qui lui paraisse entrer plus énergiquement dans ses intérêts !

Mais vous ne vous découragerez pas. Vous aurez fait votre devoir d'honnête homme, et, si l'occasion se présente de nouveau, vous n'aurez qu'un souci, ce sera de recommencer.

§

3o *Le plaisir de plaider.*

Le *plaisir de plaider* est l'un des plus vifs qui existent au monde.

Cette création de l'esprit et de la parole procure à l'avocat la triple jouissance qu'éprouvent l'homme de lettres, l'improvisateur et l'acteur, — avec la réalité et la lutte, par surcroît, — sans parler de la satisfaction qui résulte d'une tâche terminée, d'un devoir accompli, d'un service rendu.

En parlant du plaisir de plaider, je n'ai pas seulement en vue la plaidoirie d'apparat, prononcée au criminel, et au travers de laquelle l'auditeur ému aperçoit ou l'exil, ou le bagne ou la hache, quand,

des flots de peuple envahissant le prétoire, elle chausse le cothurne, et soutenue par l'éclat de l'affaire, la gravité ou la singularité des faits et le génie de l'orateur, elle monte à la hauteur des harangues de l'antiquité. Je parle même de la plaidoirie civile, lorsque, contente du simple brodequin, elle élève un peu la voix, dans les questions d'état, les nullités de mariage, les séparations, les testaments, les pétitions d'hérédité, les questions d'art, de science ou de propriété littéraire.

N'est-ce pas, en effet, une grande jouissance que d'aborder une cause juste, d'en développer les différentes parties, d'y placer chaque argument en son lieu ; de rendre au droit persécuté un public hommage, de soutenir un opprimé, d'attaquer un oppresseur, d'arracher le masque à un hypocrite ; de chercher, de trouver le chemin qui, de gré ou de force, conduit au cœur du juge ; de lire, dans ses yeux, le progrès de sa cause, de voir, minute par minute, la conviction se former, croître, monter, arriver au comble ; — et de s'asseoir, alors, plein d'espoir, au milieu d'un murmure d'approbation, près d'un client ému jusqu'aux larmes, qui serre vos mains dans les siennes, et qui, s'il l'osait, vous étoufferait sous ses embrassements, à la face des juges et du public ?

Mais pourquoi, même, cet appareil ?

Il n'y a si mince plaidoirie qui n'ait, avec elle, sa petite satisfaction avouable et son petit orgueil légitime. Il y a plaisir à savoir, en public, revêtir d'un langage approprié même le simple récit d'un fait ou la discussion d'un point de droit peu compliqué ; car cela encore n'est ni facile ni donné à tous.

Et si cela suffit, d'ailleurs, au gain du procès, on n'est ni sans mérite pour l'avoir trouvé, ni sans goût pour avoir su s'y restreindre.

§

4o *Le plaisir de gagner un procès.*

Mais que dirai-je du *plaisir de gagner un procès ?*

Ce n'est pas pour lui-même que l'avocat a parlé ; il ne lui suffit donc pas d'avoir, pour lui-même, gagné la couronne ; ce-qu'il désire, ce qu'il cherche, ce qu'il espère, ce qu'il attend avec anxiété, c'est l'arrêt sauveur.

Dès qu'il l'a obtenu, travaux, fatigues, ennuis, inquiétudes, tourments, tout disparaît, tout s'envole ; ses souhaits sont exaucés, son but atteint, son devoir rempli ; il court à d'autres combats ; il oublie le service qu'il a rendu ; et, souvent, de son côté, le client, trop occupé, sans doute, à essuyer ses larmes, oublie son défenseur.

DEVOIRS DE LA PROFESSION.

§

Je viens de vous parler, chers confrères, des jouissances de notre profession.

Mais je dois vous rappeler que ce qui la gouverne, la domine et la caractérise, c'est le DEVOIR.

Le Devoir !... Il est partout ; il est au fond de tout ; il est dans le travail, il est dans le plaisir ! que dis-je ! c'est lui seul qui est la source, qui est la semence du plaisir.

Les devoirs que vous imposera notre profession sont nombreux et difficiles, et vous devrez y penser sans cesse ; mais la droiture naturelle de votre cœur vous les rendra faciles et doux.

Ils dérivent tous de la loi suprême de notre institution. Cette loi, c'est l'amour sincère et profond, c'est la poursuite ardente et opiniâtre de la justice et de la vérité.

§

1o *Justice de la cause.*

De là sortira, pour vous, l'obligation de ne jamais accepter une cause qu'après l'avoir examinée avec l'attention la plus scrupuleuse, et de ne la défendre que lorsqu'elle vous paraîtra juste.

Cette règle est sans exception au civil ; et si elle en reçoit une au criminel, c'est que l'humanité l'ordonne, que la pitié l'exige et que les lois la commandent.

§

2o *Courage de la défense.*

De là, encore, naîtra, pour vous, le devoir de soutenir la cause que vous aurez acceptée, avec une invincible constance et contre tout adversaire, quel qu'il soit, s'agît-il de l'homme le plus puissant de la terre, — et dussiez-vous en être écrasés !

Si, par malheur, quelque hésitation venait vous saisir dans l'accomplissement de ce devoir sacré, songez alors au noble patronage que vous exercez, songez à l'Ordre auquel vous appartenez, songez que, derrière vous, cet Ordre est là, — tout entier, — pour vous soutenir, et vous verrez bientôt votre zèle, votre courage et vos forces croître avec la grandeur de la résistance, et s'élever à la hauteur des obstacles que vous aurez rencontrés.

§

3o *Découverte de la justice.*

Mais si vous venez à reconnaître l'injustice, jusqu'alors cachée, de la cause que vous aurez entrepris de défendre, n'hésitez pas un instant, et, à quelque moment que ce soit, séparez-vous d'elle, l'eussiez-vous déjà plaidée, en tout ou en partie.

L'avocat qui se fait, sciemment, le soutien de l'iniquité, se rend lui-même coupable d'iniquité; l'avocat qui protége, sciemment, une mauvaise action, commet lui-même cette mauvaise action; — plus vil ét plus condamnable alors que le méchant dont il devient le complice, parce qu'il est plus éclairé et qu'il n'a pas pour lui l'excuse des passions.

§

4o *Justice des moyens.*

Mais il ne suffit pas que la cause vous paraisse honnête et juste; vous ne devez la défendre que d'une manière honorable et honnête; "les combats du bar-
" reau, a très bien dit le conseiller au Parlement
" FYOT DE LA MARCHE, ne sont pas des œuvres de
" ténèbres, des combats de chicane et de fraude; ce
" sont des combats de zèle et de lumière." Vous rejetterez donc loin de vous, chers Confrères, tout moyen trompeur, toute ruse, tout subterfuge; et, quoique vous n'obéissiez qu'au devoir en agissant ainsi, vous n'oublierez pas que celui qui a trompé, une seule fois, ses Confrères et ses juges, se rend, pour toute sa vie, justement suspect à tous les yeux.

§

5o *Prudence et modération.*

Je vous ai parlé de la constance, de l'ardeur, de l'opiniâtreté même que vous devez apporter à la poursuite du juste et du vrai; je n'ai pas besoin d'ajouter que cette ardeur ne doit rien ôter à la prudence de vos conseils, à la circonspection de vos actes, à la modération de votre parole.

Choisis tout exprès pour empêcher les passions et les colères des plaideurs de venir troubler le cours de

la justice, vous manqueriez à votre mission si vous n'écartiez avec soin toute invective, toute satire, toute injure, toute insulte. Faites-le par devoir, par justice, par modération naturelle, par bon goût ; — et faites-le aussi par intérêt pour vous-même ; car l'insulte retombe sur son auteur plus souvent qu'elle ne blesse celui qu'il veut atteindre ; et qui remue de la boue en est presque toujours le premier sali.

§

6o *Respect pour la magistrature.*

Songez aussi qu'en toute circonstance votre devoir est de montrer une vénération profonde pour cette magistrature qui vous protége de sa justice, de sa force et de sa bienveillance.

§

7o *Indépendance et liberté.*

Enfin, parlez avec l'indépendance et la liberté qui sont l'apanage de notre profession ; mais ne vous laissez pas abuser par les mots : l'indépendance de l'avocat n'a pour base que l'indépendance de son caractère ; et, quant à la liberté de sa parole, il l'achète par le respect qu'il a constamment pour les lois et pour la vérité, et il ne la conserve que par le respect qu'il a constamment pour lui-même.

RÉSULTAT.

§

Si nous cherchons maintenant, chers confrères, le résultat que nous promet un long et honorable exercice de votre profession, nous voyons, au premier

rang, la justice satisfaite, de grands services rendus, de bonnes actions accomplies ; nous trouvons ensuite la considération personnelle obtenue, toujours ; l'aisance de la famille, fréquemment ; la fortune, de temps à autre ; les dignités assez souvent. Nous pouvons ajouter, enfin, qu'il ne nous est pas interdit de rêver quelquefois la gloire.

§

Telle est notre profession.

Trois mots la définissent : *Probité*, *Savoir* et *Talent* mis au service de la *Justice*.

FÉLIX LIOUVILLE,
Ancien Bâtonnier du Barreau de Paris.

Epaves. — On appelle *épaves* les choses égarées dont on ne connaît pas le propriétaire. Les *épaves fluviales* sont les objets trouvés sur les bords ou dans le lit des cours d'eau navigables ou flottables.

Lais et Relais.—On entend par *lais* les alluvions qui se forment le long du rivage de la mer sur la limite des propriétés riveraines ; et *relais*, les terrains que la mer abandonne.

Troplong, Prescriptions, t. I., p. 6, No 4.

Société.—On ne saurait assez repousser l'erreur de ceux qui font résulter la société et toutes les institutions qui en découlent d'un contrat originaire. Il n'en est pas de plus dangereuse et de plus anti-sociale.

Loi.—Quand la loi est claire, l'interprète n'a pas le droit de la rendre obscure, pour aboutir à lui faire dire le contraire de ce qu'elle dit.

6 *Laurent*, p. 687.

LETTRES INJURIEUSES

Parmi les délits que Dareau classe sous la désignation générique *Atteintes à l'Honneur*, il n'en est pas peut-être de plus fréquemment commis que le délit d'injure par lettres particulières, et cela par suite de l'erreur vulgaire que l'injure, la calomnie ou la menace envoyées sous enveloppe ne donnent pas à la partie ainsi injuriée ou menacée un recours en loi. On trouve des exemples fréquents de cet abus non seulement chez les particuliers, mais encore et le plus souvent chez des agences dites agences de collection, dont les circulaires et les lettres—expédiées souvent dans des enveloppes non cachetées ou qui portent à l'extérieur des indications assez précises de leur contenu—sont rédigées de façon à intimider la victime par des injures ou des menaces. Un correspondant distingué de cette Revue, M. Ryan, a, l'an dernier, signalé les dangers de ces agences et démontré combien il serait préférable pour le public de s'adresser directement au Barreau pour ces sortes d'affaires. Nous désirons aujourd'hui, dans le même ordre d'idées, traiter brièvement de l'action d'injure à laquelle leurs agissements peuvent donner lieu.

Et d'abord le seul fait d'écrire des injures ou des menaces sans les publier constitue-t-il un délit pour lequel on peut recouvrer les dommages intérêts ? Notre Code Civil (Art. 1053) pose ce principe général : " Toute personne capable de discerner le bien du mal est responsable du mal causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabilité," et Guyot à l'article *Injure*, après avoir expliqué que la mesure des dommages-intérêts doit être basée

sur la gravité du libelle et sur le degré de publicité qu'on lui donne, ajoute avec Pothier : " Mais les personnes auxquelles on adresse des lettres qui leur sont injurieuses, peuvent rendre plainte pour obtenir la réparation de l'injure et quelquefois même le ministère public peut se joindre à elles."

"A l'égard de ceux, dit Dareau, qui sont injuriés par les lettres qu'ils reçoivent, ils peuvent demander une réparation de l'offense, avec défense de récidiver ; parce que chacun a également droit qu'on ne lui dise ni qu'on lui écrive des injures. Cependant, une simple lettre ne pourrait être qualifiée de libelle dès qu'il dépendrait de celui qui la reçoit de ne pas la divulguer." Et l'auteur, craignant peut-être que cette dernière phrase ne pût être mal interprétée, ajoute immédiatement : " Une lettre ou un billet injurieux (*a fortiori* une circulaire adressée nommément à la personne) mérite punition, parce que c'est une provocation qui peut donner lieu à des suites fâcheuses ; " on pourrait ajouter : Parce que, quelque raison qu'on puisse avoir de se plaindre de quelqu'un, on n'a jamais le droit de se faire justice à soi-même. Dareau, Traité des Injures Chap. I, Sec. 2 No. 8.

Nous retrouvons la même doctrine dans Sirey, Recueil Général des lois et arrêts (1791 à 1850) " Une lettre injurieuse est une offense pour celui à qui elle est adressée et peut par conséquent servir de base à une action pour injure.........et cela bien qu'elle n'ait pas reçu de publicité."

La jurisprudence française paraît donc bien établie sur ce point ; quant à l'anglaise, elle semble beaucoup plus sévère, allant parfois jusqu'à condamner les procureurs pour avoir écrit à des débiteurs des lettres d'une sévérité outrée. Starke, sans aller jusque là, nous dit que l'injure écrite est toujours plus grave que l'injure verbale, parce que, même alors qu'on n'aurait

pas l'intention de la publier, cette publication peut être faite accidentellement et que risquer de causer un dommage sérieux à quelqu'un est nécessairement une offense contre les principes élémentaires de la moralité. (*To run the risk of effecting a serious injury to another is necessarily an offence against the first principles of morality*). Cet auteur fait même un pas de plus. Le seul fait d'écrire une injure, dit-il, peut en faire présumer la publication (*Publication may be inferred from mere writing*).

Nos rapports ne contiennent pas un grand nombre de décisions sur cette matière, mais celles que nous avons lues sont dans le sens de la jurisprudence française ; on les trouvera citées pour la plupart dans la cause de Lacasse *vs.* Pagé, 13 L. N., p. 362 où monsieur le Juge Champagne a décidé " qu'une lettre injurieuse adressée à une personne peut donner lieu à une action en dommages pour réparation d'injures, quoiqu'elle ne soit pas publiée, le défaut de publication n'étant qu'une raison pour diminuer les dommages." Aussi l'usage paraît-il être, sauf dans les cas très graves, de ne condamner qu'aux dépens. L'acienne jurisprudence voulait une bien plus grande sévérité.

Si l'injure non publiée donne lieu à des peines, l'injure publiée doit en entraîner de bien plus sévères. Il est à noter qu'avec nos habitudes d'affaires modernes il est pratiquement impossible d'expédier une lettre sans la publier, puisqu'il suffit, pour cela, d'en donner communication à une troisième personne (Odgers, *Slander*) et que le seul fait de faire copier une lettre par un employé avant de l'expédier constitue une publication.

Une question s'impose. La jurisprudence doit elle étendre ou restreindre la latitude accordée à ce genre de communications ? Il nous semble, dans l'intérêt de la moralité, de la dignité professionnelle et commer-

ciale et de la bonne éducation, qu'il serait dangereux d'user de trop grande indulgence à l'égard de ceux qui se servent de la poste pour transmettre des injures et des menaces. Nous croyons pouvoir affirmer que les bonnes maisons de commerce et les gens de bon aloi ne recourent jamais à ces moyens.

La bienséance dans la correspondance n'exclut ni la fermeté ni l'autorité et l'expérience prouve que c'est le plus sûr moyen d'atteindre le but qu'on peut avoir en vue.

ERROL BOUCHETTE.

An Interesting Point in Libel Law.

An attempt to entrap a person into liability for the publication of a libelous letter by inducing him to permit others to read it is brought up in the case of Miller *v.* Donovan, recently tried in the Supreme Court in New York city. There it was shown that the person defamed had heard of the existence of such letter and sent agents to obtain sight of it. This they accomplished by concealing their relations to him and pretending that he had treated them badly. In a charge to the jury which fully covers the leading questions in the law of libel, Judge Giegerich summed up the law upon this point as follows : " I charge you that if the plaintiff invited and procured the publication of the letter for the purpose of making it the foundation of an action, it would be, in my opinion, most unjust that the procurer of the alleged wrongful act should be permitted to profit by it, unless there had been a previous publication of the letter by the defendant." Therefore the court charged that the verdict must be for defendant unless there had been a previous publication of the letter. This, although undoubtedly correct and quite analogous to the general doctrine as to the effect of instigation to crime as a defense to its prosecution, seems to be a novel point in the law of libel.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE DE DOMMAGES INTÉRÊTS

I

SOMMAIRE :

—De la contrainte par corps en matière de dommages intérêts. —Sources de notre droit sur ce point.—Le titre 34 de l'Ord. de 1667 n'a pas été complètement abrogé dans cette province.—De l'injure personnelle—Définitions.—De la durée de la contrainte par corps.—A quelle somme doivent s'élever les dommages intérêt pour qu'il y ait lieu à contrainte. —Du commandement de payer.—Le créancier n'est pas tenu de discuter les biens de son débiteur.—Principes du Droit français sur la contrainte par corps en matière de dommages intérêts.—Différences avec le Droit canadien.

Le quatrième paragraphe de l'art. 2272, C. C., rend passible de la contrainte par corps : " toute personne " sous le coup d'un jugement de Cour accordant des " dommages intérêts pour injures personnelles dans " les cas où la contrainte par corps peut être accor- " dée."

Cette disposition de notre Code est loin de briller par la clarté. Pour être complète, elle devrait donner les cas où la contrainte par corps peut être accordée pour dommages. Elle devrait également indiquer l'étendue et la signification exacte de ce délit civil qualifié ici *d'injures personnelles*.

Quelques développements historiques feront mieux comprendre cette disposition.

Les codificateurs ont reproduit l'exception que faisait, pour ces condamnations, la section 24 du ch. 87 des Statuts Refondus du Bas-Canada.

Cette section n'était elle-même que la copie de la section 15, de la 12ème Vict , ch. 42.

Ce dernier Statut, nous l'avons déjà dit, avait aboli en principe l'exécution contre la personne, de tout jugement dans les causes civiles, sauf certains cas où la loi réservait son recours exécutif. Parmi les personnes exceptées de cette règle il y avait celles endettées, " pour le montant de la condamnation pour " dommages résultant de torts personnels pour lesquels " la contrainte par corps peut maintenant être décer- " née par la loi."

Cette dernière clause était d'ailleurs calquée sur l'art. 2 du titre 34 de l'Ord. de 1667, qui se lisait comme suit :

" Pourront néanmoins les contraintes par corps " après les quatre mois, être ordonnées pour les dé- " pens adjugés, s'ils montent à deux cents livres et " au-dessus ; ce qui aura lieu pour la restitution des " fruits, et pour les dommages et intérêts au-dessus " de deux cents livres."

Comme nous l'avons déjà expliqué, deux modifications furent proposées, lors de l'enregistrement de cette Ordonnance au Conseil Supérieur, le 7 nov. 1678. Ces deux modifications furent confirmées par l'édit de juin 1679. L'une laissait à l'arbitrage du juge les contraintes par corps après les quatre mois en vertu de cet article, et l'autre réduisait à 100 livres la somme pour laquelle elles pouvaient être prononcées.

Le quatrième paragraphe de l'article 2272 du Code Civil relatif à la contrainte par corps en matière de dommages intérêts doit donc être complété par l'art. deux du titre 34 de l'Ord. de 1667 tel que modifié par l'édit de juin 1679.

En comparant ces textes, il faut conclure que notre Code ne permet la contrainte en matière de dommages pour torts personnels, qui sont les seuls dommages pour lesquels la 12me Vict., ch. 42 et le No. 4 de l'art. 2272, ont conservé la contrainte, que lorsqu'ils s'élè_

vent à la somme de 100 livres ancien cours, ($16.66⅔) et quatre mois seulement après le jugement les accordant.

De plus cette contrainte est facultative, c'est-à-dire que le juge est libre de l'accorder ou de la refuser.

Un jugement de la Cour d'Appel rendu à Montréal le 25 juillet 1831 *in re* Scott *et uxor* & Prince a contribué à propager l'opinion que le titre 34 de l'Ord. de 1667 avait été abrogé par les Ordonnances du Conseil Législatif de Québec, qui ont suivi l'acte 14 Geo. III, ch. 83.

Voici en quels termes s'exprimait le juge Sewell en rendant ce jugement :

"The redaction of the *Code Civil* (Ord. de 1667) "adapted the provisions of that statute to the state of "Canada and provided that the infliction of the "*contrainte par corps* should be left to the discretion "of the judges, and such was the law at the time of "the conquest. The Statute 14th, Geo. III, c. 83, "followed that event, and the first and second of the "ordinances which were enacted by the Legislative "Council of Quebec established the Courts by which "justice was, in future, to be administered, and the "course of proceeding which they were to observe. In "these, the several instances where the *contrainte par* "*corps*, should after judgment be permitted, were, for "the security of the subject, particularly declared, "and the dangerous power of emprisonment at dis-"cretion which the redaction of the Code had reser-"ved to the Courts of the province under the govern-"ment of France, was thus abrogated."

Nous trouvons la réponse à ce *dictum* du juge en chef Sewell dans un jugement très élaboré rendu à Montréal, le 16 Décembre 1889, par l'hon. juge Pagnuelo *in re* Goyette vs. Berthelot (1).

(1) 19 R. L., p. 147.

Le juge en chef Sewell, dit bien que l'Ord. provinciale, 16 Geo. III, c. 2, détermine tous les cas où l'emprisonnement discrétionnaire que possédait le juge en France, sous l'Ord. de 1667, titre 84, avait lieu. Mais on peut répondre, dit le juge Pagnuelo ;

" 1o. Que cette ordonnance provinciale a été rappelée par le Statut 12 Vict., c. 42, qui abroge tous les " Statuts antérieurs sur la question d'emprisonnement " (section 17) :

" 2o. Le dernier Statut a abrogé l'emprisonnement " pour dette, excepté plusieurs cas mentionnés dans " la section 15, lesquels comprennent les dommages " pour torts personnels dans les cas qui y donnaient " lieu à cette époque ; ces cas étaient déterminés par " l'Ord. de 1667. Le Statut démontre que le *dictum* " du juge Sewell n'était pas suivi."

Cette Ordonnance Provinciale à laquelle réfère le juge Sewell, avait pour objet de déterminer les cas où un débiteur pouvait être arrêté avant jugement. Elle ne mentionnait ni les sequestres, gardiens et cautions judiciaires, ni l'adjudicataire, ni les tuteurs, curateurs, etc. On ne peut donc pas dire que le législateur a voulu abroger la contrainte pour tous ces cas, et par conséquent l'Ordonnance provinciale doit être restreinte à l'objet pour lequel elle a été passée.

Nous avons donc établi que l'article 2272 C. C. n'a conservé la contrainte par corps, en exécution d'un jugement, pour dommages intérêts, pour injures personnelles, qu'en autant qu'elle avait lieu par les dispositions antérieures au Code. Reste à définir *l'injure personnelle* dont il est fait mention dans cet article.

Il est évident, que le Code n'entend pas parler des dommages intérêts résultant de l'inexécution d'une obligation civile ni de dommages causés à la propriété. Le législateur n'a voulu prononcer la contrainte que

dans les cas de torts, dommages ou injures faits à la personne.

On nomme *injure* tout ce qui se fait au mépris de quelqu'un pour l'offenser. Elle est ainsi appelée parce que c'est une chose qui se fait contre la justice et le droit. "*Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat.*" L'injure peut se commettre de trois manières :

1o. Par paroles, en tenant des discours outrageants sur l'honneur et la réputation de quelqu'un, soit en sa présence, soit en son absence.

2o. Par écrit, en composant des libelles diffamatoires, des chansons injurieuses, etc.

3o. Par actions, en frappant quelqu'un, ou même par des gestes ; (1)

4o. Par omission, en affectant de ne pas lui rendre les honneurs qui lui sont dus. (2) Ce dernier cas se présentait autrefois. Il est sans application aujourd'hui.

Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective, qui ne renferme l'imputation d'aucun fait *est une injure* (3).

En outre de l'injure et de la diffamation, dit Sourdat, nos lois distinguent une troisième classe d'attaques contre les personnes, qui peut avoir lieu par parole ou par écrit, et qui prend le nom particulier *d'outrage.* L'outrage consiste dans toute expression qui tend à inculper l'honneur et la délicatesse de celui à qui il s'adresse, et généralement dans toute expression diffamatoire ou injurieuse. Mais ce qui distingue l'outrage de la diffamation et de l'injure, avec lesquelles il se confond sous tous les autres rapports, c'est :

---

(1) Denizart, *vo, injures.*

(2) Dareau, Traité des injures, p. 4.

(3) 1 Sourdat, Responsabilité, No. 564.

I. Qu'il ne concerne que les fonctionnaires publics proprement dits, et les particuliers qui ont agi dans un caractère public, comme celui de juré, d'officier ministériel, etc.

II. Qu'il doit être direct ; c'est-à-dire que le propos ou l'écrit outrageants doivent être adressés à la personne même que l'auteur du délit veut atteindre, ou tout au moins, s'il est commis en l'absence de cette personne, qu'il soit arrivé à sa connaissance par la volonté de son auteur.

Dans la cause de Riverin *vs.* Lessard, l'hon. juge Mathieu a décidé qu'il n'y avait pas lieu à la contrainte par corps en exécution d'un jugement accordant des dommages pour une *dénonciation colomnieuse.* Dans l'espèce, le défendeur avait été condamné à payer au demandeur une somme de $2000.00 pour dommages à lui causés et résultant d'une dénonciation faite par le défendeur à la Cour des Sessions de la paix. Ce dernier avait accusé Riverin d'avoir commis un faux. Le savant juge a refusé d'accorder la contrainte par corps contre Lessard sur le motif que le fait principal, générateur des dommages intérêts mentionnés au jugement, ne constituait pas une *injure personnelle* dans le sens de l'art. 2272 C. C. La Cour de Révision a confirmé ce jugement. (1)

C'est en appréciant la gravité des *injures personnelles* que le juge ou le tribunal décidera s'il y a lieu d'accorder ou de refuser la contrainte par corps.

Comment exercer cette discrétion ? " Les juges doi-
" vent avoir égard à la qualité des gens condamnés, à
" leur âge, à leur sexe, à leurs infirmités, au nombre
" de leurs enfants, à leur parenté avec le demandeur,
" même à l'objet du procès dans lequel ils ont suc-
" combé avec dépens." (2)

(1) 2 R. J. off. C. S., p. 70.

(2) Serpillon, sur art. 2, ch. 34 de l'Ord. 1667.

Notons que les arts. 569 et 782 C. P. C., accordent la contrainte par corps contre le débiteur qui résiste aux ordres du tribunal, lors de la saisie ou vente de ses biens, " *jusqu'à ce que le défendeur ait satisfait au jugement.*"

Il n'y a pas d'autre mention de la durée de l'emprisonnement dans notre droit.

Procédant par voie d'analogie, ne pourrait-on pas dire qu'en matière de dommages intérêts, puisque la contrainte est subordonnée à la discrétion de la Cour, la durée de l'emprisonnement doit également être laissée à la discrétion du juge ? Il y a divergence d'opinions, au Palais, sur ce point.

" Il me paraîtrait injuste et contraire à l'esprit de " notre droit, dit l'hon. juge Pagnuelo, de condamner " à l'emprisonnement jusqu'au paiement, une per- " sonne qui n'aurait pas les moyens de payer. Ce " serait presqu'un emprisonnement pour la vie.........

" En effet, la loi aujourd'hui ne permet l'emprison- " nement d'un débiteur frauduleux que pour un temps " qui n'excède pas une année, et je ne puis concilier " avec cette disposition un emprisonnement qui pour- " rait s'étendre à plusieurs années contre un débiteur " qui ne se serait peut-être rendu coupable que d'un " délit assez léger, blessant les sentiments ou la sus- " ceptibilité du demandeur sans cependant lui faire " un tort réel." (1)

L'hon. juge Mathieu a décidé dans le même sens *in re* Quenneville *v.* St-Aubin. Il s'agissait, là aussi, de dommages intérêts. La défenderesse n'avait pas les moyens de payer le montant accordé par le jugement. L'hon. juge le condamna à vingt-quatre heures d'emprisonnement, se fondant sur ce que la contrainte par corps en matière de dommages intérêts est laissée à

---

(1) Goyette v. Berthelot, 19, R. L. p. 164, 165.

l'arbitrage du tribunal et que, partant, ce dernier peut en limiter la durée. (1)

Nous devons dire cependant que de graves autorités contestent au juge ce pouvoir discrétionnaire de fixer la durée de l'emprisonnement en matière de dommages intérêts, sur le motif que le débiteur peut toujours se libérer en faisant cession de ses biens. Cet argument nous paraît bien fondé. En effet, la cession de biens, lorsqu'elle est faite de bonne foi et sans fraude met fin à l'emprisonnement du débiteur. (2)

Dans une cause toute récente et qui n'est pas encore rapportée, contrairement à l'opinion déjà émise, que le juge avait le pouvoir discrétionnaire de limiter la durée de l'emprisonnement suivant la gravité de l'injure, l'hon. juge Taschereau a décidé qu'il ne pouvait s'arroger cette discrétion et qu'il différait d'opinion avec quelques-uns de ses collègues. Du moment qu'il se voyait obligé d'accorder la contrainte par corps, il l'accordait jusqu'à ce que la dette fût payée, tel que réclamé par la demanderesse. (3)

Nous avons dit tantôt que le montant des dommages devait s'élever à la somme de $16.66 (cent livres ancien cours). C'est l'une des modifications apportées à l'Ord. de 1667, lors de son enregistrement dans le pays.

Il a été jugé que la contrainte par corps, dans les causes pour injures valables, peut être ordonnée même lorsque le montant capital de la condamnation n'est que de *cinq piastres*, si le capiial et les frais excèdent $16.66. (4)

Ajoutons toutefois que cette cause a été jugée par défaut en Cour de Circuit.

---

(1) 2, R. J. Off. C. S. p. 72.

(2) Art. 793, C. P. C.

(3) De Guilbeault et vir, v. De Forget. Jugement du 26 fév., 1896.

(4) Houle v. Desautels, 18 R. L. p. 315.

L'hon. juge Gill a émis une opinion plus tranchée encore. Dans la cause de Ouellette *vs.* Vallières, il a jugé que la contrainte par corps peut être accordée pour tous dommages adjugés, *quel qu'en soit le montant.*

Voici dans quels termes s'exprimait le savant juge :

" Quant à la seconde objection, savoir : le montant requis pour obtenir la contrainte par corps, elle ne souffre pas plus de difficultés que la première. Le Code ne fixe pas ce montant ; mais d'après les termes mêmes de l'article 2272 déjà cité, il suffit, pour soumettre le défendeur à la contrainte par corps, qu'il soit *sous le coup d'un jugement le condamnant à des dommages intérêts pour injures personnelles*, et comme le Code n'en spécifie pas le montant, je serais disposé à l'accorder bien que la condamnation ne fût que d'une piastre." (1)

Malgré tout notre respect pour l'opinion du savant magistrat, nous ne pouvons accepter son interprétation de l'art. 2272. Nous croyons, et en cela nous sommes d'accord avec la jurisprudence, que notamment dans l'interprétation du quatrième paragraphe de l'art. 2272, il faut recourir au titre 34 de l'Ordonnance de 1667, telle que modifiée lors de son enregistrement dans le pays.

Or, l'article deux du titre 34 réduisait à cent livres ($16.66) la somme pour laquelle les contraintes pouvaient être prononcées en matière de dommages intérêts.

Ce serait, il nous semble, donner ouverture à de graves abus que d'accorder la contrainte pour un montant moindre que celui fixé par l'Ordonnance. D'ailleurs, la contrainte par corps est de droit étroit, et si le quatrième paragraphe de l'art 2272 doit s'interpréter suivant le titre deux du titre 34 de l'Ordonnance

(1) 20 Juriste, p. 391.

de 1667, on ne peut obtenir l'emprisonnement d'un débiteur pour moins de cent livres en matière de dommages intérêts.

Nous voyons que les Commissaires chargés de la refonte du Code de procédure civile, ont fixé dans leur projet, à la somme de $50.00, le montant pour lequel la contrainte devrait être accordée dans les cas de dommages intérêts. Cette suggestion doit être reçue avec faveur et nous espérons qu'elle sera bien accueillie de nos législateurs. En effet, n'est-ce pas une anomalie de permettre l'emprisonnement pour la misérable somme de $16.66 dans les cas d'injures personnelles, et de la refuser pour les sommes au dessous de $40.00 lorsque le débiteur se cache ou recèle ses biens dans le but de frauder ses créanciers ?

Une autre question importante est celle de savoir quelle procédure il faut adopter pour l'exécution d'un jugement emportant la contrainte par corps, en matière de dommages intérêts.

C'est la procédure suivie sous l'Ord. de 1667 qu'il faut accepter. Or, l'art. 10 de l'Ord. de 1667, titre 34, édicte ce qui-suit : " Pour obtenir la contrainte par " corps après les quatre mois ès cas exprimés au second " article, le créancier fera signifier le jugement à la " personne ou domicile de la partie, avec commande- " ment de payer, la déclaration qu'il y aura contrainte " par corps après les quatre mois."

Qu'entend-on par commandement de payer ?

Dans l'ancien droit, on appelait commandement, un exploit signifié à un huissier en vertu d'un titre paré (à une personne condamnée ou obligée par ce titre); avec commandement au nom du Roi et de la Justice, de satisfaire aux condamnations ou aux engagements portés par le titre.

" Je ne connais point de loi qui prescrive, ni la nécessité des commandements, ni la forme qu'on doit

garder en le faisant, dit Denizart, mais comme il n'est pas naturel d'exercer des contraintes rigoureuses contre un débiteur, sans savoir s'il veut payer ou non, l'usage de tous les tribunaux est d'exiger que le débiteur soit constitué en demeure par un commandement de payer, avant que le créancier puisse ou le faire emprisonner, ou faire saisir ses biens ; et, ce commandement doit non-seulement contenir injonction de payer, mais faire mention du refus, s'il en est fait ; autrement, le débiteur ne serait pas constitué en demeure, et les contraintes qui s'exerceraient seraient irrégulières : elles engendreraient même des dommages intérêts contre celui qui les aurait fait faire."(1)

Ce commandement de payer qui, suivant Ferrière, servait d'avertissement au débiteur, n'existe pas dans notre droit. La jurisprudence paraît avoir décidé qu'il n'était pas nécessaire, (Lee & Lampsen, 2 L. C. R., p. 148.—Massue *vs.* Crebassa, 7 Juriste, p. 225). Mais nous avons d'autres formalités qui sont suffisantes pour atteindre l'objet que la loi se propose.

Le jugement qui condamne la partie à des dommages intérêts lui est signifié par ministère d'huissier, avec un avis que, si à l'expiration de quatre mois, elle ne paie pas capital, intérêts et frais, le demandeur s'adressera à la cour pour l'émanation d'une règle pour contrainte par corps. A l'expiration de quatre mois, le demandeur, sur nouvel avis signifié personnellement au défendeur, s'adresse à la cour pour obtenir cette contrainte. Si elle est ordonnée, elle doit être de nouveau signifiée au défendeur, quinze jours avant d'être mise à exécution.

Comme on le voit, le défendeur est suffisamment mis en demeure de payer puisque quatre mois d'avance il connaît l'intention du demandeur de l'emprisonner s'il ne satisfait pas au jugement prononcé contre lui

(1) Ancien Denizart, *vo*, *Commandement.*

D'ailleurs, l'Ordonnance ne dit pas que les contraintes par corps auront lieu, mais *qu'elles pourront être ordonnées ;* ce qui laisse aux juges la liberté de les refuser suivant le cas. Il faut donc après les quatre mois de la sommation, poursuivre un nouveau jugement à l'audience qui décerne la contrainte par corps, et d'ordinaire on dit, *sauf s'il satisfait dans quinzaine, ou huitaine.* (1)

Le créancier n'est pas tenu de discuter les biens de son débiteur, avant d'exercer la contrainte par corps qu'il a obtenue contre lui. Nous voyons par l'Ord. de 1667, titre 34, art. 13, " que les poursuites et con-" traintes par corps n'empêcheront les saisies exécu-" tions et les ventes de biens de ceux qui sont con-" condamnés." Et Jousse commentant cet article dit : " Ainsi un créancier peut saisir les biens de son débi-" teur en même temps qu'il le fait emprisonner. Il a " deux sûretés au lieu d'une." (2)

Le système contraire avait cependant prévalu en France dans quelques coutumes, et le droit canonique le considérait comme plus humain. La Prusse, la Suéde, la Sardaigne et le Canton de Vaud, ont également adopté ce système qui veut que l'exécution commence par les meubles et les immeubles, avant d'arriver à la personne du débiteur.

Le droit moderne français n'a pas voulu déroger au principe posé par l'Ordonnance de 1667, et le vieil axiôme judiciaire : " *on peut prendre la charrette, le charretier et le fouet* " s'est trouvé reproduit dans l'art. 2069, du Code Napoléon. Cet article édicte que " l'exercice de la contrainte par corps, n'empêche ni ne suspend les poursuites et les exécutions sur les biens." Ce qui signifie qu'on peut faire marcher de front, l'action sur la personne et sur les biens.

---

(1) Rodier, Ord. 1667, p. 676.

(2) Roy v. Betournay et vir, 1 R. J. off. C. S. p. 140.

" L'art. 2069, dit Troplong, malgré son apparente sévérité, est beaucoup plus humain, et de plus, beaucoup plus logique que le système opposé. Il part de cette idée vraie, que le débiteur obligé sous la contrainte par corps doit, pour échapper à ce moyen d'exécution, faire lui-même sa liquidation, et ne pas se décharger sur le créancier du soin de rechercher ses propres ressources. Cette opération est beaucoup plus facile pour le débiteur, qui connaît tout, que pour le créancier, qui ne connaît rien. Elle est beaucoup plus économique entre ses mains qu'entre les mains du créancier, qui ne peut procéder qu'à l'aide de saisies dispendieuses. De toutes les manières de vendre, la plus mauvaise c'est la vente sur expropriation. Eh bien ! c'est celle-là qu'on préfère dans le système opposé à notre article. On commence par ruiner le débiteur en frais, en attendant qu'on le livre, pauvre et dépouillé, à la prison." (1)

Nous ne trouvons dans notre Code de procédure qu'un seul cas où le créancier soit tenu de discuter les biens du débiteur avant d'obtenir son emprisonnement. C'est celui prévu par l'article 766. Dans ce cas, le débiteur qui refuse de déposer son bilan dans un certain délai est emprisonné *après discussion de ses biens meubles et immeubles apparents.* Mais encore ici, faut-il remarquer que l'emprisonnement est plutôt une peine prononcée contre le débiteur frauduleux qui a refusé de faire cession de ses biens que comme moyen de coaction. (2)

En France, les rédacteurs du Code Napoléon n'avaient pas reproduit les dispositions de l'Ordonnance de 1667 relatives aux dommages intérêts. On les considérait comme un moyen d'oppression et une peine

---

(1) Troplong, contrainte par corps, no 342 *in fine*

(2) Goyette vs. Berthelot, loc. cit.

non méritée contre ceux qu'une erreur légère avait conduit devant les tribunaux. Cependant, par un de ces curieux retours de la législation, le Code de procédure civile recueillit le principe dédaigné par le Code civil. En effet l'art. 126 du C. P. C. laisse à la prudence des juges de prononcer la contrainte par corps pour les dommages et intérêts *en matière civile*, audessus de 300 francs.

On voit qu'il existe une différence considérable entre cet art. 126 et le 4ème paragraphe de notre art. 2272, C. C.

En France, elle était donc accordée pour " dommages intérêts *en matière civile*," c'est-à-dire pour l'indemnité due par suite du préjudice que la mauvaise foi, les retards du débiteur, ont pu faire éprouver au créancier.

Ici, la contrainte par corps n'est accordée que pour dommages intérêts en matière d'*injures personnelles*.

" La prétention du demandeur que sa créance est compromise dans l'exception qui a rapport aux *personal wrongs* n'est pas fondée, disait le juge Berthelot. Ces expressions, *personal wrongs* ne signifient pas toute espèce de dommages, excepté ceux causés à la propriété foncière, ainsi que l'a prétendu le demandeur, elles ne se rapportent qu'aux injures faites à la personne, et ne s'appliquent pas à des dommages de la nature de ceux pour lesquels le demandeur a obtenu jugement." (1)

Le droit français s'est aussi écarté de l'Ord. de 1667, en refusant d'étendre la contrainte par corps aux dépens de l'instance. On a craint la fréquence des demandes de contraintes et l'abus des condamnations. Plusieurs légistes, sont cependant d'opinion que le juge peut condamner par corps, lorsque les dépens

(1) Whitney v. Dansereau, 4 L. C. J., p. 211.

adjugés pour tenir lieu de dommages intérêts, sont de véritables dommages-intérêts. Mais cette opinion est démentie par un arrêt de la cour de Toulouse (arrêt du 29 fév. 1832), qui a décidé que les dépens ne sont que l'indemnité des procédures faites par le vainqueur, et que s'ils sont dus, ce ne peut être que "*proper litem* et non *propter crimen.*"

Notons cependant que d'après l'art. 23 de la loi du 17 avril 1832, le débiteur ne peut obtenir son élargissement qu'en les payant avec la somme qui a motivé son arrestation. Impuissants à faire naître l'emprisonnement du débiteur, ils peuvent cependant retarder sa mise en liberté.

Malgré le jugement rendu *in re* Houle v. Désautels, que nous avons déjà cité, il n'est pas permis dans notre droit, d'ajouter les frais au montant de la condamnation, pour formes $16.66. La jurisprudence française est aussi d'accord sur ce point.

Duparc Poullain affirme que la contrainte par corps s'étend bien aux intérêts comme au principal, mais à la condition que le principal excède 200 livres, conformément à l'Ordonnance de 1667.

La loi de Germinal rétablit la contrainte un moment supprimée, mais ne l'établit point pour les dépens comme le faisait l'Ordonnance de 1667.

Ni le Code Napoléon (art. 2059 et suiv.) ni le C.P.C. français ne mentionnent les dépens comme donnant lieu à la contrainte.

Notre art. 2272 C. C. est rédigé dans des termes à peu près analogues à ceux de l'article 126 C. P. C. français et à l'art. 2059 C. N.

Il faut donc conclure que la demande d'emprisonnement pour les frais seulement, la dette étant payée, ne saurait être accordée d'après notre loi qui ne permet tel emprisonnement que pour une dette capi-

tale de dommages-intérêts résultant de torts personnels et s'élevant au moins à 100 livres ou $16.66 (1).

Une autre question s'élevait dans l'interprétation de l'article 126 C. P. C. français. Il s'agissait de savoir quelle était l'étendue exacte du mot *dommages et intérêts*. Pouvait-on y comprendre la valeur à restituer fesant l'obligation principale, ou fallait-il uniquement désigner par ces mots la réparation pécuniaire d'un préjudice causé ? réparatipn qui ne peut jamais être que l'accessoire, venant se joindre à l'obligation principale ? C'est cette dernière interprétation qui fut acceptée.

II

SOMMAIRE :

—La contrainte par corps existe pour dommages causés à la propriété en certains cas.- Cas prévus par les arts 2054 et 2055 C. C., et 800 C. P. C.—Distinction à faire au sujet des dégradations et détériorations de l'immeuble.—Ce qu'il faut comprendre par le mot *bois* mentionné dans l'art. 2054 C. C.

Le 5ème paragraphe de l'art. 2272, rend passible de la contrainte par corps : " toute personne poursuivie pour dommages, en vertu des articles 2054 et 2055 de ce code et de l'article 800 du Code de procédure civile et contre laquelle il y a condamnation à des dommages et contraintes par corps."

Il suffira de citer au long les articles indiqués dans ce cinquième paragraphe, pour connaître les motifs qui ont déterminé le législateur à édicter cette nouvelle contrainte.

Art. 2054, C. C. — " Le débiteur, ni le tiers déten-

---

(2)McNamara v. Gauthier & Bernard et al. 3 R. J. Off. C. S., 370.

teur, ne peuvent cependant dans la vue de frauder le créancier, détériorer l'immeuble grevé de privilège ou d'hypothèque, en détruisant ou endommageant, enlevant ou vendant la totalité ou partie des bâtisses, des clôtures et des bois qui s'y trouvent."

Art. 2055, C. C. — " Dans le cas de telles détériorations, le créancier qui a privilège ou hypothèque sur l'immeuble peut poursuivre ce détenteur, lors même que la créance ne serait pas encore exigible, et recouvrer de lui personnellement, les dommages résultant de ces détériorations, jusqu'à concurrence de sa créance au même titre de privilège ou d'hypothèque, mais le montant qu'il en perçoit est imputé sur et en déduction de sa créance."

" Art. 800 C. P. C,—" Ce bref d'arrestation (capias) peut être également obtenu par un créancier hypothécaire ou privilégié sur un immeuble, en produisant une déposition constatant que sa créance privilégiée ou hypothécaire excède quarante piastres, et que le défendeur, soit qu'il soit débiteur personnel hypothécaire, ou simple tiers-détenteur, dans l'intention de frauder le demandeur, en dommages, détériore ou diminue la valeur de l'immeuble, ou est sur le point de le faire par lui-même, ou par l'entremise d'autres personnes, de manière à empêcher le créancier de recouvrer sa créance ou partie d'icelle, au montant de quarante piastres, ainsi qu'il est pourvu par le ch. 47 des statuts refondus pour le Bas-Canada."

Ces diverses dispositions reproduites dans le Code civil et le Code de procédure ont été empruntées au ch. 47 des Statuts Refondus du Bas-Canada (1)

Le cas prévu par l'art. 805 du C. P. C. n'est pas incompatible avec celui du paragraphe 5ème de l'art. 2272 du Code civil. Le ch. 47 des Statuts Refondus les

---

(1) McCall & Pouliot, 12 Déc. de Québec, p. 10.

contenait tous les deux. Dans le cas de l'article 800 C. P. C. il s'agit d'une arrestation préventive de l'auteur des dommages à la propriété, pour le forcer de répondre à l'accusation. Dans le cas du paragraphe 5ème de l'article 2272 du C. C., il s'agit d'un mode rigoureux d'exécution, par la saisie après jugement, de la personne du défendeur, jusqu'à ce qu'il ait acquitté la dette que le jugement l'a condamné à payer.

Naturellement, il ne faut appliquer cette règle qu'aux véritables dégradations. Les actes de véritable propriété ne soumettent le tiers détenteur à aucune garantie, bien qu'ils diminuent la valeur de l'immeuble, et qu'il en ait retiré bénéfice ; comme s'il a coupé ou taillé ou abattu des arbres pour une construction (1).

Dans l'ancien droit, le tiers détenteur ne devenait responsable envers les créanciers hypothécaires des détériorations provenant de son fait, qu'à partir du moment où l'action en déclaration d'hypothèque lui avait fait connaître officiellement les charges dont l'immeuble était grevé. Jusque là il avait pu les ignorer, car les hypothèques étaient alors occultes et il bénéficiait de la doctrine "*Qui quasi rem suam neglexit nullius querelæ subjectus est.*" Le tiers détenteur ne peut plus prétexter de son ignorance dans notre droit actuel, où les charges hypothécaires sont soumises au régime de la publicité. La loi suppose donc qu'il connaît les droits des créanciers hypothécaires, et elle l'oblige à conserver et à respecter leur gage.

Il serait injuste qu'il fut tenu des détériorations que le temps, la vétusté et quelque cas fortuit pourraient occasionner sur l'immeuble qu'il doit délaisser ; mais quand, par son propre fait ou sa négligence per-

---

(1) Lahaie, sur art. 2175 C. N.

sonnelle, il a occasionné des détériorations et diminué le gage des créanciers hypothécaires, il est de toute justice qu'il en tienne compte (1).

Le mot *bois* mentionné en l'art. 2054 C. C., signifie également le bois debout, taillis ou futaie, le bois de charpente formant ou non partie d'une bâtisse, ou bois coupé en général.

La version anglaise du C. C., se sert de l'expression *timber*, qui signifierait une espèce particulière de bois. Malgré cette divergence entre les deux versions, anglaises et française, c'est la première interprétation que nous venons de donner qui paraît la plus rationnelle et la plus conforme à l'esprit de la loi.

Dans une cause de Désautels v. Ethier, il a été jugé que sur une action en vertu de l'art. 2055 du code civil, accompagnée du *capias* en vertu de l'article 800 du C. P. C., pour les dommages résultant de détériorations sur un immeuble hypothéqué, ces dommages ne consistent pas tant dans la valeur du bois coupé et enlevé que dans l'estimation qui doit être faite des dommages à raison de la détérioration en valeur de la propriété en conséquence de cette coupe de bois (2).

Dans cette cause, le défendeur avait été condamné à la contrainte par corps à raison de ces dommages.

III

SOMMAIRE :

—La contrainte par corps existe contre les grevés de substitution et autres dans certains cas.—Principe de l'article 981 du C. C.

Le 6ème et dernier paragraphe de l'art. 2272 rend passible de la contrainte par corps : " les grevés de

(1) Battur, Traité des hypothèques, p. 489.

(2) 15 L. C. J., p. 301.

substitution, les exécuteurs ou administrateurs, les tuteurs, les curateurs et les fiduciaires, pour les dommages causés par leur fraude en faisant des placements ou pour les dommages résultant du fait que tels placements ont été faits par eux autrement que prévu par l'art. 981°, mentionné en l'art. 5803 des Statuts Refondus de la Province de Québec, ou tel qu'ordonné par le testament nommant l'exécuteur ou l'administrateur, ou par le document qui créée la substitution ou la fiducie (S. Ref., art. 5852)."

L'art. 981° C. C. pose en principe que le grevé de substitution à quelque degré que ce soit et de quelque manière qu'elle soit établie, l'exécuteur ou l'administrateur en vertu d'un testament, le tuteur, le curateur, ou le fiduciaire ayant à ce titre la possession ou l'administration de biens appartenant à autrui ou dont ils sont saisis pour l'avantage d'un autre, qui sont obligés par la loi à faire le placement de l'argent dont ils sont saisis, doivent le faire dans les fonds ou les débentures de la Puissance ou de la Province, ou dans les effets publics du Royaume-Uni ou des Etats-Unis d'Amérique, ou dans les fonds ou débentures municipales, ou en biens-fonds dans cette province, ou sur premier privilège ou première hypothèque sur des des biens-fonds dans cette Province évalué à un montant n'excédant pas les trois-cinquièmes de l'évaluation municipale.

Cette obligation n'existe pas si le testament, la substitution ou la fiducie autorisent un autre mode de placement des deniers.

R. LEMIEUX,

L. L. D.

Montréal, Juin 1896.

JUGEMENT EX-PARTE SOUS LES ARTICLES 89, 90, 91 ET 92 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Faut-il donner avis de l'inscription pour jugement ex-parte devant le Protonotaire, sous les articles 89, 90, 91 *et* 92 *du C. de P. C. ?*

M. Madore, avocat, nous communique le travail suivant fait par notre regretté confrère, H. B. Longpré, avocat et ancien protonotaire du district de Montréal. Il s'agit d'un point de droit bien important dans la pratique. M. Longpré l'avait traité dans un factum pour la Cour de Révision, dans une cause où il n'a pas réussi. Mais cette question a été de nouveau soulevée dans une cause de *James Baxter vs Archibald Campbell*, actuellement pendante devant la Cour de Révision.

....

L'appelant avait droit à un avis d'un jour franc en vertu de l'article 462 du Code de procédure civile.

L'équité demande, et c'est un principe du droit civil comme du droit criminel, fondé sur la raison, surtout sur la raison moderne qui est de beaucoup la plus éclairée, qu'une partie, du moment qu'elle a comparu devant un tribunal, a droit, en règle générale, à un avis des procédures que son adversaire dirige contre elle.

La proposition contraire tendrait à faire juger les gens sans les entendre ; proposition barbare pour tous pays.

La seule objection que quelques personnes opposent à cette doctrine, c'est que la partie étant à même, chaque jour, à chaque heure, à chaque instant, d'aller s'enquérir auprès du tribunal ou au greffe, si son

adversaire n'a pas machiné dans l'ombre quelque procédure contre elle, l'avis dont nous parlons n'est pas indispensable.

Mettre à côté d'un principe aussi humanitaire que légal, une objection aussi étroite, aussi mesquine, aussi arbitraire, c'est faire de ce principe la démonstration la plus convaincante.

Cela étant bien entendu, il devient nécessaire d'admettre :

Premièrement. — Que pour soustraire quelque pièce de procédure à l'application de notre principe, il faut un texte de loi bien formel ou bien clair.

C'est ainsi que l'art. 1,099 C. p. c. exonère le demandeur, dans les causes de la Cour de Circuit non appelables, de l'obligation "de donner avis de l'inscription de la cause à l'enquête, lorsque telle enquête est requise."

C'est ainsi que l'art. 1097 exempte implicitement mais clairement les plaidoyers, dans les mêmes causes non appelables de la formalité de la signification, en permettant au défendeur de faire ces plaidoyers de suite et même de vive voix, lorsque la cause est rapportée devant le juge, tel que cela se pratique encore dans les districts ruraux.

C'est encore ainsi que l'art. 1,099, pour la Cour de Circuit et les arts 111, 137 et 140, pour la Cour Supérieure, formulent la même exception à l'égard des actes de forclusion, en statuant que la forclusion s'opère de plein droit et indépendamment de la partie adverse.

Deuxièmement. — Que si le texte de loi portant sur la signification des procédures manquait de clarté et de précision, il faudrait l'interpréter de la manière la plus large et dans le sens de notre principe.

L'article 462 C. p. c. se lit comme suit:

Toute pièce de la contestation doit être signifiée à

la partie adverse, à défaut de quoi elle n'est pas censée régulièrement produite.

Tout avis d'inscription ou appointement en droit ou au mérite doit être donné par la signification d'une copie de l'inscription au moins un jour franc en terme, et quatre jours en vacance, avant celui fixé pour plaider la cause."

Cet article a deux parties distinctes. La première traite de la signification des pièces en général; la seconde, de celle des appointements pour audition.

Ces deux parties forment la matière de deux griefs séparés dans l'opposition des défendeurs. Ils disent : Ou l'inscription du demandeur était un appointement pour être entendu devant le protonotaire et, alors, il fallait la signifier aux défendeurs; ou bien cette inscription n'était pas un appointement et n'était qu'une pièce ordinaire et, dans ce cas, elle tombe sous la disposition de la première partie de l'article et devait pareillement être signifiée.

Le demandeur répond : Mon inscription n'était ni un appointement ni une pièce de la contestation; par conséquent, la signification n'était pas nécessaire.

Nous allons essayer de réfuter ces deux propositions, en commençant par celle qui se rattache à la seconde partie de l'article.

I

Pourquoi le défendeur, qui jouit du privilège d'être entendu dans les causes "ex parte" inscrites pour jugement devant un juge de la Cour Supérieure, serait-il privé de ce privilège, lorsque la cause est inscrite pour jugement devant le protonotaire? Le défendeur a droit à un avis d'un jour en terme et de quatre jours en vacance, lorsque le demandeur cherche à le faire condamner par le juge, et ce droit lui serait

enlevé lorsqu'un homme moins instruit, moins éclairé sera appelé à le juger !

Mais, si l'inscription devant le protonotaire n'est pas un appointement, qu'est ce donc ? N'existe-t-il pas plus de raisons pour exiger l'assignation du défendeur devant le protonotaire que pour l'exiger devant le juge ? Croit-on que toute action sur billet ou sur facture doive être maintenue, et que le défendeur, dans aucun cas, ne puisse, par des représentations verbales, empêcher le jugement d'être rendu contre lui ? Combien d'objections le défendeur, poursuivi par un insolvable ou qui, pour d'autres raisons, ne veut pas encourir les frais d'un plaidoyer, d'une opposition à jugement, ou d'une requête civile, ne peut-il pas faire valoir de vive voix devant un tribunal présidé même par un protonotaire ? On demandera, par exemple, contre lui une condamnation solidaire avec d'autres défendeurs ; en deux mots, il peut faire voir au protonotaire que la solidarité n'existe pas, et qu'il ne doit être condamné que pour sa part. Et, combien d'autres observations il peut avoir intérêt à présenter.

De plus, voyons à quelle étrange anomalie conduirait l'opinion de nos adversaires. Cette même cause que vous avez inscrite devant le protonotaire, si vous l'eussiez inscrite devant la Cour Supérieure, ne seriez vous pas tenu à l'avis d'un ou de quatre jours ? Et vous voulez être exempt de cette formalité parce que la cause sera jugée par le protonotaire, au lieu de l'être par le juge ! Est-ce parce que le protonotaire a plus besoin que le juge d'entendre les parties ?

Et remarquons que c'est au demandeur à établir qu'une inscription sous les articles 89, 90 et 91, n'est pas une inscription ou un appointement en droit ou au mérite. C'est à lui à trouver dans ces articles quelque disposition qui déroge formellement à la règle tracée

dans la seconde partie de l'article 462. Car, jusqu'à ce qu'il ait découvert cette clause dérogatoire, la raison, le texte formel de notre article, la théorie générale du code, tout est contre lui. Car enfin, il ne peut toujours pas nier qu'une inscription ou appointement soit une inscription ou appointement.

Le plus spécieux argument de nos adversaires pour repousser la nécessité de l'avis de l'inscription, sous les articles 89, 90 et 91, est tiré des mots " de suite " qui se rencontrent dans l'article 91. " Puisque, disent-ils, le jugement peut être rendu de suite, il n'y a pas lieu au délai de l'avis." Il est vrai que l'article 91 dit que le " jugement peut être également rendu de suite ", mais il ajoute immédiatement : " en produisant l'inscription pour jugement........." Il faut donc une " inscription ou appointement," et il faut une inscription ou appointement signifié, puisque nulle part dans les articles 89, 90 et 91 on ne trouve que cette inscription soit exemptée de la signification prescrite par l'artice 462, et formellement ou clairement exceptée partout où le législateur a voulu l'excepter.

Non-seulement le législateur n'a pas consacré ici cette exemption, mais nous venons de voir que le bon sens lui défendait de le faire.

Le but des articles 89 et suivants était évidemment d'amender nos règles de procédure de manière à autoriser les jugements, dans certains cas, même en vacance, chose impossible auparavant. Telle a été la pensée qui a présidé à la rédaction des articles 89 et suivants, et le législateur n'a pas voulu autre chose ; s'il l'eût voulu, il l'eût dit. Il voulait bien que les demandeurs ne fussent plus obligés d'attendre l'ouverture du tribunal pour obtenir jugement, mais il ne voulait pas donner au protonotaire plus de pouvoirs qu'à la Cour Supérieure, puisqu'il déclare ex-

pressément, dans l'article 92, que le jugement du protonotaire sera censé rendu par le tribunal. N'indique-t-il pas dans l'article 465 que les attributions du protonotaire sont très restreintes ; qu'il ne doit remplacer le juge que " dans le cas de nécessité évidente " et lorsqu'à raison de l'absence du juge, " un droit pourrait autrement se perdre ou être en danger." Encore, a-t-il soin d'ajouter que " tout jugement ou ordre donné par le protonotaire ne peut l'être qu'après avis de la demande donnée à la partie adverse, excepté dans le cas de défaut ?"

II

La seconde objection qu'il nous reste à réfuter est relative à la première partie de l'art 462.

Nos adversaires s'appuieront sans doute sur le dernier des mots " pièce de la CONTESTATION," et disent: Une inscription sous les articles 89, 90 et 91, n'est pas une pièce de la contestation, puisque la cause n'est pas encore contestée ; par conséquent, la première partie de l'article 462 ne s'applique pas.

D'après ce raisonnement, la comparution et la demande de plaider ne seraient pas, non plus, des pièces "de la contestation," puisque la cause n'est contestée qu'ensuite, et l'on arriverait à cette étrange conclusion que ces pièces ne sont pas soumises à la formalité de la signification, puisque, nulle autre part, dans le Code de procédure, on ne trouve, pour ces deux pièces, l'exigence de cette formalité.

Nous défions toute contradiction sur ce point quant à la demande de plaider, et vu l'absence totale de prescription sur la signification de cette pièce, il s'en suivrait que le demandeur ne serait pas obligé de la signifier au défendeur, qui devrait, d'après les prétentions de nos adversaires, aller s'enquérir, chaque jour, au greffe, si cette demande a été produite.

Quant à la comparution, on peut nous objecter que bien qu'il n'y ait rien dans le code qui en prescrive la signification, la 19e règle de pratique de la Cour Supérieure l'exige en termes formels.

Nous répondons que le Code de procédure a abrogé les règles de procédure préexistantes " dans les cas où ce code contient " quelque disposition qui a expressément ou implicitement cet effet " (art. 1360) ; que nommément la 19e règle de pratique a été abrogée implicitement, ou plutôt a été reproduite, incorporée dans l'art. 462. Car nous affirmons que dans l'esprit du législateur et dans le sens de l'article 462, les mots " pièce de contestation " s'appliquent aussi bien à la comparution, à la demande de plaider, à l'inscription sous les articles 89 et 90, qu'aux plaidoyers, aux répliques, etc. ; que le mot contestation ne doit pas se prendre ici dans son sens absolu ; que si la comparution, par exemple, n'est pas une pièce dans une cause actuellement contestée, elle est par destination une véritable pièce de la contestation que si elle n'est pas une pièce de la contestation accomplie, elle l'est d'une contestation projetée et en voie de s'accomplir ; qu'elle en est même la principale, en ce qu'elle en constitue la base et le fondement, étant la première d'une longue série de procédures destinées à repousser la demande. Et comment pouvait-il être question dans l'esprit du législateur de séparer la comparution, la demande de plaider, etc., des autres pièces de la contestation ? Un législateur peut-il, en principe, admettre qu'un défendeur qui comparaît, ne le fait que dans le but d'obtenir du délai ou de détourner, pour de semblables motifs, les formalités de la justice de leur destination véritable ?

L'attention du législateur ne portait pas, dans l'article 462, sur la distinction qu'on peut établir entre les causes dites " ex parte " et les causes actuellement

contestées ; distinction qu'il a faite, par exemple, dans les tableaux du tarif pour les frais et honoraires dans les causes de la Cour Supérieure et de la Cour de Circuit. S'il eût prévu la possibilité d'une pareille confusion, il eût probablement rendu sa phrase plus précise. Mais la fin qu'il s'y proposait était évidemment de résumer, dans un seul article, les diverses dispositions éparses dans le Code 83 S.R.B.C., et dans les règles de pratique concernant la signification des pièces, et d'établir une règle générale pour la signification de toutes les pièces pour lesquelles il n'avait pas déjà porté des dispositions spéciales ; comme, par exemple, il l'a fait par l'article 88, qui exige la signification, un jour franc avant sa présentation, de la motion du défendeur pour être relevé du défaut de comparaître ; par l'article 157, qui fixe un délai de 3 jours pour la signification des interventions ; par l'article 235, qui étend ce délai à 8 jours pour les inscriptions à l'enquête dans les causes contestées, rappelant formellement la 41e règle de pratique ; par l'article 317, qui réduit le délai à un jour pour les inscriptions à l'enquête " ex parte ; enfin par l'article 626, qui oblige la partie contestante à signifier dans les huit jours la contestation de la déclaration d'un tiers saisi.

Il y a encore d'autres procédures qui demandaient des dispositions spéciales comme celles dans les proçès par jury, dans les causes entre locateurs et locataires, dans celles de mesures provisionnelles ou exceptionnelles.

Pour ces procédures particulières, le Code a formulé des règles particulières. Pour les procédures ordinaires, il a établi une règle générale énoncée dans notre article 462 ; et toutes pièces pour lesquelles il n'a pas été fait de dispositions spéciales et qui ne sont pas expressément ou implicitement exemptées de la néces-

sité de la signification, tombent sous cette règle générale.

Cette doctrine qui ressort suffisamment du texte français de l'article 462, s'impose invinciblement par la lecture de la version anglaise. " Every written proceeding " dit l'article 462 dans la version anglaise et le juge H. E. Taschereau dans la cause de Pinsonneault, rapportée à la page 26 de son Code de procédure, jugeant que l'article 462 s'appliquait à la comparution, a décidé virtuellement qu'il devait s'interpréter de manière à embrasser—que la cause fût rendue au plaidoyer ou non—" every written proceeding," toute pièce qui ne serait pas ailleurs exemptée de la signification de l'avis, ou qui ne serait pas déjà affectée par quelqu'autre article."

H. B. LONGPRÉ,
Avocat.

Il est assez difficile d'assigner le rang des principales nations de l'Europe dans la science du droit. Un auteur, G. P. Philommestre, dans son traité des *Amusements philologiques*, p. 279, a essayé d'en faire un classement. Il place l'Allemagne au premier rang, la France au deuxième, l'Angleterre au troisième, l'Italie au quatrième, l'Espagne au cinquième.

Excentricitée.—Le célèbre jurisconsulte Cujas avait l'habitude singulière d'étudier et de travailler couché tout de son long sur un tapis, le ventre contre terre, ayant ses livres autour de lui.

—(Philommestre, *Amusements philologiques*, p. 225.)

DES CURATEURS AUX BIENS ACCEPTÉS SOUS BÉNÉFICE D'INVENTAIRE.

Le Code civil, à l'article 347, énumère à quels biens, des curateurs peuvent être nommés, et au paragraphe 6, il mentionne les biens acceptés sous bénéfice d'inventaire.

L'article 348 nous renvoie au livre 3e du Code civil et au Code de procédure civile, pour y trouver les règles touchant la nomination, les pouvoirs et les devoirs des curateurs, sauf de ceux aux biens des absents et des corporations éteintes, qui se trouvent aux parties du Code civil qui traitent des absents et des corporations.

L'article 1263 du Code de procédure civile nous dit que les procédures pour la nomination du curateur à une succession vacante ou acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou aux biens cédés en justice par un débiteur insolvable, sont réglés aux titres respectifs sur ces matières contenues au code de procédure.

Le Code de procédure, au titre: "*Des titres de bénéfice d'inventaire,*" article 1321 et suivants, nous donne les procédés à suivre, pour obtenir le bénéfice d'inventaire; les formalités que doit remplir l'héritier, qui veut se prévaloir de ce privilège.

1o L'héritier doit en faire la demande au tribunal ou au juge, précédée ou suivie de l'inventaire; 2o Donner avis de sa qualité, publié deux fois dans deux journaux, désignés par le tribunal ou le juge; 3o Donner caution, à l'exigence de la majorité des intéressés, au montant de la valeur des meubles, et des deniers pouvant provenir de la vente des immeubles; 4o Ne procéder à la vente du mobilier de la succession, qu'en observant les formalités

requises pour l'exécution des meubles ; 5° Ne procéder à la vente des immeubles et parts dans les compagnies industrielles et financières, qu'après avoir pris l'avis des intéressés, à une assemblée convoquée d'après la direction du juge et suivant les formalités des licitations volontaires ; 6° Tous les créanciers hypothécaires doivent donner leur consentement à la vente des immeubles ; 7° Rendre compte. Voilà pour les règles que nous offre le Code de procédure civile.

Le Code civil, au titre : "*Des formalités de l'acceptation des successions, du bénéfice d'inventaire, de ses effets, et des obligations de l'héritier bénéficiaire*, aux articles 660 et suivants, nous donne les règles suivantes : 1° L'héritier bénéficiaire doit faire enregistrer la sentence lui accordant ce privilège ; 2° S'il ne peut fournir caution telle qu'exigée, ou il pourra être déchu de son privilège, ou le produit de la vente des meubles, devra être consigné en cour, pour servir à acquitter les charges de la succession ; 3° Il administre la succession en bon père de famille, et rend compte aux créanciers et aux légataires ; 4° Il vend les meubles et les immeubles suivant les règles prescrites, pour les premiers, au titre de l'exécution des meubles ; pour les seconds, au titre des successions vacantes ; 5° Il n'est contraignable par corps qu'à défaut de remettre aux intéressés les sommes dont il peut être relignataire ; 6° Après deux mois de la publication de sa qualité, s'il n'y a pas de contestation, l'héritier bénéficiaire paie à qui de droit les revenus de son administration ; et 8°, en rendant dûment compte final en justice, il est déchargé.

Telles sont les règles générales que nous trouvons au Code civil et au Code de procédure, à propos des biens des successions acceptés sans bénéfice d'inventaire.

Il semble donc que le curateur mentionné à l'article 347 du Code civil et à l'article 1236 du Code de procédure civile, n'est autre que l'héritier bénéficiaire lui-même. Et de fait, la loi ne traite-elle pas ce dernier tout comme un curateur ordinaire: il doit donner avis de sa qualité; fournir caution; administrer en bon père de famille; prendre le conseil des personnes intéressées dans les biens de la succession, pour leur aliénation; payer à qui de droit et rendre compte, pour être valablement déchargé; ne sont ce pas là les prescriptions auxquelles sont assujettis les autres curateurs, ou administrateurs des biens d'autrui? Aussi, Pothier, 8, Successions, chapitre 3, s. 3, par. 7 et 8, peut-il dire: "le bénéfice d'inventaire fait considérer l'héritier plutôt comme le séquestre et l'administrateur de la succession, que comme le vrai héritier."

Plus loin, il dit encore: "Quoique l'héritier bénéficiaire soit en vérité un vrai héritier et successeur du défunt, néanmoins l'effet du bénéfice d'inventaire, est de le faire considérer vis-à-vis des créanciers de la succession, plutôt comme un administrateur des biens de la succession que comme le vrai héritier et le vrai propriétaire de ces biens."

6 Pandecte française, sur art. 802 du Code Napoléon, citées par 5 Bib. C. C., p. 590, disent: "L'héritier bénéficiaire est une espèce de dépositaire, comptable des biens de la succession."

Voilà, sans doute pour le cas ordinaire d'un ou de plusieurs héritiers bénéficiaires majeurs, mais s'il s'agit d'un mineur, ou d'héritiers majeurs mêlés à des mineurs, ne faudra-t-il pas, dans ces cas, nommer un curateur à la succession, qui en aura l'administration et sera chargé de la liquider pour le bénéfice des créanciers et de tous les héritiers, s'il y a lieu?

Telle était la prétention soutenue contre la nôtre, par un confrère.

Mais, pourquoi, dans ce cas, un curateur ?

La loi ne distingue pas entre les cas d'héritiers majeurs ou mineurs, ou des deux ensemble, et quelle raison y aurait-il de distinguer à sa place ?

La loi donne un seul cas où il faut spécialement la nomination d'un curateur aux biens acceptés sous bénéfice d'inventaire, et c'est celui de l'article 1326 C. P. C., quand l'héritier a des actions à exercer contre la succession. C'est le seul cas indiqué, et il est suffisant pour expliquer la mention aux articles 1263 Code de procédure civile et 347 Code civil, de la nomination d'un curateur aux biens acceptés sous bénéfice d'inventaire, si on veut prendre alors le mot curateur dans le sens que lui prêtent ces deux articles.

A part ce cas spécial, pourquoi faudrait-il la nomination d'un curateur ?

L'art. 649 du Code civil implique que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, par un ou plusieurs des héritiers, entraîne le même privilège pour les autres.

Les articles 691, 693, 694, parlent du partage des successions où se trouvent des mineurs et des absents, mais ils ne font aucunement mention de la nomination de curateur. Pourquoi ? Parce que dès l'ouverture de la succession, chaque héritier, suivant l'article 607, est saisi de sa part, et qu'après le partage, en vertu de l'article 746, chaque héritier est censé avoir succédé seul à la part de la succession à lui échue.

Donc, pourquoi faudrait-il un curateur à des biens qui ont déjà chacun leur représentant, leur propriétaire.

Dans le cas de mineurs, ils sont représentés par leur tuteur, ou leur tuteur *ad hoc*, suivant qu'il y a lieu, qui est chargé de leur personne et de leurs biens, et

pourquoi faudrait-il en outre, un curateur qui aurait le soin de la succession puisqu'elle est déjà entre les mains de chaque héritiers, pour la part de chacun.

Ainsi, Pothier : 5 Bib. C. C. p. 588, dit: "Lorsqu'il y a deux héritiers bénéficiaires qui ont partagé ensemble les biens de la succession, chacun n'est tenu de conserver que ce qui est échu à son lot, et non ce qui est échu au lot de l'autre ; chacun n'étant censé n'avoir succédé qu'à son lot, chacun ne doit compter que son lot." Et plus loin : " Lorsque plusieurs héritiers bénéficiaires ont partagé entre eux, les biens de la succession, chacun n'est tenu de rendre compte que des biens échus en son lot...... parce que le partage ayant déterminé la part de chacun à ce qui est échu dons son lot, chacun est censé n'avoir succédé et n'avoir été saisi que de cela : d'où il suit qu'il n'est comptable que de cela. C'est une suite du principe sur l'effet rétroactif que notre jurisprudence donne au partage.

Comme on le voit, Pothier ne fait aucunement intervenir le curateur, pour le partage des successions acceptées sous bénéfice d'inventaire, et il ne fait aucune distinction que le bénéfice soit à un mineur ou à un majeur.

Mais il en est autrement quand il s'agit, suivant l'article 1326 du Code de procédure civile, d'un des héritiers qui a des actions à exercer contre la succession. Comme chaque héritier n'est censé représenter que sa part, aucun ne peut représenter la succession entière, et il faut bien alors un curateur qui est nommé, dit le même article, suivant les formalités d'un curateur à une succession vacante.

S'il y avait un seul héritier de la succession, comme il ne saurait plaider avec lui-même (puisqu'il représente toute la succession), encore plus un curateur est-il nécessaire, pour répondre à son action.

Le Nouveau-Denizart, une des autorités citées sous l'article 347 du Code civil, 3 Bib. C. C., p. 137, mentionne aussi au nombre des différents curateurs reconnus par la loi, le curateur aux actions d'un héritier bénéficiaire.—Cet auteur s'exprime d'une manière bien caractéristique qui devrait évidemment confirmer notre prétention.—Il ne dit point que l'on nomme un curateur *aux biens* de la succession, mais *aux actions* d'un héritier bénéficiaire. C'est que les biens ont déjà leur maître, leur dépositaire, leur administrateur, le ou les héritiers,—mais comme la succession, à cause du bénéfice d'inventaire, est toutefois "considérée comme une personne différente de celle de l'héritier," dit Pothier, celui-ci peut poursuivre contre elle tous les droits et toutes les créances qu'il possède, mais pour cette fin, un curateur doit être nommé à la succession, afin de répondre aux actions de l'héritier et non pour un autre but.

Pour la question qui nous occupe, nous ne voyons donc point, dans les prescriptions de la loi, à ce sujet, aucune distinction faite entre les héritiers bénéficiaires mineurs, qui ne peuvent accepter valablement une succession qu'avec bénéfice d'inventaire, et les héritiers majeurs.—Les premiers comme les derniers, ont, par leur tuteur, l'administration de la part de la succession qui peut leur échoir, et dans toutes les procédures du partage ou de la liquidation de la succession, ils doivent être représentés par le tuteur qui sera comptable pour le mineur de son administration aux autres personnes intéressées, tout comme l'héritier majeur, agissant lui-même, pour sa part, dans la succession.

AUGUSTE BEAUDRY.

Percé, juillet 1896.

L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE EN FRANCE.[1]

L'organisation judiciaire compte, en son immense domaine, non seulement les tribunaux ordinaires de France et des colonies, mais encore les juridictions administratives (Conseil d'État, conseils de préfecture), les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes, les tribunaux militaires de terre et de mer et certaines juridictions extraordinaires, comme le Tribunal des Conflits, le Sénat constitué en Haute Cour de Justice, etc.

Il serait impossible d'embrasser tout cet organisme dans un tableau de quelques pages ; nous nous bornerons à exposer ce qui a trait à la justice civile et à la justice criminelle de la métropole, laissant même de côté les services accessoires (assistance judiciaire, casier judiciaire, etc., etc.).

Nous ne nous livrerons pas non plus à l'étude du rôle social du pouvoir judiciaire, ni à l'examen de ses difficiles attributions et de la lourde responsabilité qu'assument ceux qui l'exercent,—puisqu'ils disposent de la liberté, de la propriété, de la vie même des particuliers. Remarquons seulement qu'il est, de tous les pouvoirs publics, l'un des plus indispensables : sans son intervention protectrice, la liberté

---

(1) Nous reproduisons cet article de la revue *Le Monde Moderne*, d'août 1896. Depuis quelques années l'on parle beaucoup, dans notre pays, de réformes dans l'administration de la justice. Un projet de loi a déjà été préparé à ce sujet par M. le Procureur-Général Casgrain, sous le ministère Taillon. Nous avons cru que le travail de M. P. Contant, qui décrit d'une manière claire le fonctionnement des tribunaux en France, pourrait être utile à ceux qui s'occupent de cette réforme. C'est à ce titre surtout que nous le publions.—EDIT.

individuelle serait sans cesse entravée, la vie de chacun menacée et la propriété violée.

***

Le pouvoir judiciaire s'exerce sous l'autorité du Garde des sceaux, Ministre de la justice.

La justice, tant civile que criminelle, est rendue par un certain nombre de tribunaux, qui sont répartis en circonscriptions territoriales désignées sous le nom de *ressorts*.

Ces tribunaux s'appellent, en matière civile : *justice de paix*, *tribunaux d'arrondissement* (improprement qualifiés de *tribunaux de première instance*), *Cour d'appel* (chambre civile). Ils se nomment, lorsqu'il s'agit de la répression des contraventions, délits ou crimes : *tribunal de simple police*, *tribunal correctionnel*, *Cour d'appel* (chambre des appels correctionnels et chambre des mises en accusation) et *Cour d'assises*.—Au sommet de la hiérarchie, la *Cour de cassation*, avec ses trois chambres (des requêtes, civile et criminelle).

Nous allons examiner successivement ces divers organes.

I. — JURIDICTION CIVILE.

§ 1. — *Justices de paix.*

Chaque canton, en France, possède une justice de paix. Il en existe vingt à Paris (une par arrondissement).

Le tribunal de paix est composé d'un seul juge *amovible*, c'est-à-dire susceptible d'être révoqué par le chef de l'État (qui le nomme). Il reçoit un traitement et ne peut remplir aucune autre fonction.—Un greffier, également nommé par le chef de l'État, l'assiste.

L'âge requis pour exercer cette magistrature est trente ans ; aucun grade en droit n'est exigé ; mais les juges de paix sont choisis le plus souvent parmi les anciens officiers ministériels (notaires, avoués, greffiers).

Leurs traitements, échelonnés en neuf classes, sont de 1,800, 2,100, 2,400, 2,700, 3,000, 3,500, 3,600, 5,000 et 8,000 francs.—Les greffiers touchent 1,000 francs à Paris et 850 francs dans les autres villes et cantons. (A ce traitement fixe viennent s'ajouter les droits perçus sur les actes dressés par eux).

Pour remplacer le juge en cas d'empêchement, deux suppléants (sans traitement) lui sont adjoints. La plupart d'entre eux occupent une autre fonction (notaire, avoué, maire, etc.).

Tous les huissiers du canton font le service des audiences et peuvent donner citation.

Le juge de paix a trois ordres de fonctions : 1o pouvoir de conciliation ; 2o fonctions extra-judiciaires (comme l'apposition et la levée des scellés, et l'assistance aux délibérations des conseils de famille) ; 3o fonctions judiciaires : ces dernières, les seules dont nous nous occupions ici, se divisent elles-mêmes en attributions de justice civile (justices de paix) et en attributions de justice criminelle (tribunal de simple police), dont nous parlerons plus loin.

Comme juges civiles, les juges de paix statuent tantôt définitivement (en premier et dernier ressort à la fois), tantôt en premier ressort seulement : dans ce dernier cas, on peut faire appel de leurs décisions devant le tribunal d'arrondissement.

Ils connaissent en dernier ressort jusqu'à 100 francs, et à charge d'appel jusqu'à 200 francs, des actions personnelles et mobilières.—En dernier ressort jusqu'à 100 francs, et à charge d'appel à quelque somme

que s'élèvent les demandes; ils statuent sur les actions en payement de loyers, congés, résiliations de baux, expulsions de lieux, validité de saisie gagerie.

Ils jugent, dans les mêmes conditions, les difficultés relatives aux dommages aux champs, fruits et récoltes, aux réparations locatives des maisons et fermes, aux engagements respectifs des maîtres et des gens de travail, domestiques et ouvriers, au payement des nourrices.

Les contestations entre les voyageurs et les hôteliers, voituriers et carrossiers, sont jugées par les mêmes magistrats, en dernier ressort jusqu'à 100 francs, et à charge d'appel jusqu'à 1,500 francs.— Enfin, les juges de paix ne connaissent de certaines actions (par exemple en matière de bornage ou de pensions alimentaires) qu'en premier ressort; il y a toujours, dans ce cas, possibilité d'appel, quelque minime que soit la valeur du litige.

Dans un autre ordre d'idées, ils statuent, comme juges d'appel, sur les décisions rendues par la commission municipale, en matière de formation et de révision des listes électorales.

Notons que devant le juge de paix statuant en matière civile il n'y a pas de ministère public, comme il en existe devant les autres tribunaux (devant le juge de paix lui-même, lorsqu'il juge en matière de simple police).

Les dépenses des justices de paix sont inscrites au budget général de 1897 pour 8,383,000 francs.

§ 2.

Tribunaux d'arrondissement (ou de première instance).

Il existe dans chaque arrondissement un *tribunal de première instance* (dénomination peu exacte, puisque

ce tribunal statue souvent sur les appels des jugements des juges de paix).

Sauf exceptions (Charleville et Tarascon), le tribunal siège au chef lieu administratif.—Il n'y a pour le département de la Seine qu'un seul tribunal de première instance, siégeant à Paris : on le désigne sous le nom de *tribunal de la Seine.*

Ce dernier tribunal mis à part, les autres tribunaux sont divisés en trois classes, et le traitement de leurs magistrats (juges ou magistrats du ministère public) diffère suivant ces classes. Nous donnons d'ailleurs, ci-contre, le tableau de ces traitements.

Les tribunaux d'arrondissement comptent, suivant leur importance, une ou plusieurs chambres ; lorsqu'il existe pluralité de chambres, l'une d'elles est spécialement chargée des affaires correctionnelles. L'organisation spéciale du tribunal de la Seine et l'importance de son ressort, comme population, ont nécessité la création de plusieurs chambres et leur fractionnement en plusieurs sections (sept chambres civiles subdivisées en quinze sections, et quatre chambres correctionnelles).

Chaque tribunal comporte un président et autant de vice-présidents que ce tribunal contient de chambres moins une. (En cas d'absence du président et du vice-président, c'est le juge le plus ancien qui préside).

Pour être nommé juge, on doit avoir l'âge minimum de vingt-cinq ans (vingt-sept ans pour être président); il faut, en outre, pour être juge comme pour être président, posséder le grade de licencié en droit, avoir fait un stage de deux ans comme avocat inscrit à un barreau et prêter serment à la Cour d'appel.

Les juges sont nommés par le chef de l'État : ils sont inamovibles.

Des juges suppléants, remplissant les mêmes conditions d'aptitudes et nommés de la même façon, complètent le tribunal, soit temporairement, soit d'une façon permanente ; mais ils ne reçoivent pas de traitement.

Près des tribunaux d'arrondissement, le ministère public est représenté par un procureur de la république et par un ou plusieurs substituts (dans certains tribunaux peu importants, il n'y a pas de substituts) : ces magistrats sont amovibles.—L'âge exigé pour être substitut est abaissé à vingt-deux ans.

Un greffier et des commis-greffiers, nommés par le chef de l'État, tiennent la plume aux audiences du tribunal.

Les jugements sont rendus par les magistrats délibérant en nombre impair (trois juges au moins), et lorsque les membres d'un tribunal siégeant dans une affaire sont en nombre pair, le dernier des juges dans l'ordre du tableau doit s'abstenir.—Normalement les affaires déférées aux tribunaux de première instance sont jugées par le président, assisté de deux juges ; les juges titulaires empêchés ou absents sont remplacés par les juges suppléants ; à défaut de ceux-ci, un avocat ou un avoué peut être appelé à compléter le tribunal.

Les tribunaux d'arrondissement jugeant au civil forment la juridiction de droit commun : ils sont investis de la compétence générale pour statuer sur toutes les contestations dont la connaissance n'a pas été attribuée à une autre juridiction par un texte de loi, que ce soit en matière réelle ou personnelle, en matière de succession ou de société, comme en matière de divorse, de séparation de corps, de contestation entre étrangers et Français, et même en matière commerciale, là où il n'y a pas de tribunal de commerce, etc.

Ils jouent, en outre, le rôle de juridiction d'appel à l'égard des jugements émanés des justices de paix.

Ils jugent définitivement, et sans appel possible, toutes les contestations qui ne s'élèvent point, quant à la valeur de leur objet, à plus de 1,500 francs de principal, ou, s'il s'agit d'un immeuble, à plus de 60 francs de revenu.

Au-dessus de ces chiffres, les tribunaux d'arrondissement ne jugent qu'en première instance : leurs décisions peuvent être alors déférées à la Cour d'appel.

Les parties doivent, devant ces tribunaux, comme devant les cours d'appel, se faire représenter par des *avoués*, qui, concurremment avec les *avocats* (ou seuls, devant les tribunaux qui ne comportent pas un ordre des avocats), sont chargés de défendre leurs intérêts.

Les dépenses afférentes aux tribunaux de première instance, statuant tant au correctionnel qu'au civil, sont inscrites au budget de 1897 pour la somme de 11,297,500 francs.

§ 3.—*Cours d'appel.*

Il existe en France (non compris l'Algérie) vingt-six cours, d'appel, dont le ressort s'étend en moyenne sur trois ou quatre départements.—La cour de Bastia ne comporte qu'un seul département ; celle de Paris en comprend sept.

Ces cours siègent à :

Agen.—Aix.—Amiens. — Angers.—Bastia.—Besançon. — Bordeaux. — Bourges. — Caen. — Chambéry. — Dijon.—Douai.—Grenoble.— Limoges.—Lyon.—Montpellier.—Nancy.—Nîmes. — Orléans.—Paris.—Pau.— Poitiers.—Rennes.—Riom.—Rouen.—Toulouse.

Comme on le voit, sauf exceptions (Riom et Douai), les cours siègent dans des chefs-lieux de département.

Les traitements des magistrats des cours d'appel sont ainsi fixés :

QUALITÉ des MAGISTRATS.	TRAITEMENTS			
	Au Tribunal de la Seine.	Dans les villes de 80,000 habitants au moins, et à Nice et Versailles	Dans les villes de 20,000 habitants au moins, et à Chambéry	Dans les autres villes.
	francs.	francs.	francs.	francs.
Président de tribunal et Procureur de la République..	20,000	10,000	7,000	5,000
Vice-président.............	10,000	7,000	5,500	4,000
Juge d'instruction.........	10,000	6,500	5,000	3,500
Juge.....................	8,000	6,000	4,000	3,000
Substitut du Procureur de la République...........	8,000	5,000	3,500	2,800
Greffier..................	6,000	2,400	1,500	1,200
Commis-greffier............	4,000	3,000	2,500	2,000

La loi exige l'âge de vingt-sept ans au moins pour être conseiller de Cour d'appel, et trente ans pour en être président.

Les conseillers et présidents, nommés par le chef de l'État, sont inamovibles.

Outre la *chambre des mises en accusation* (dont nous verrons plus loin les attributions), chaque Cour d'appel comporte une ou plusieurs chambres : s'il n'en existe qu'une, cette chambre statue à la fois comme *chambre civile* et comme *chambre des appels de police correctionnelle ;* s'il y en a plusieurs, l'une d'elles, s'occupe des appels correctionnels, et c'est le premier président qui répartit entre les chambres les affaires

civiles. (La Cour de Paris comporte sept chambres civiles, sans compter la chambre des mises en accusation et la chambre des appels de police correctionnelle).

QUALITÉ DES MAGISTRATS.	TRAITEMENTS	
	A Paris.	Dans les autres cours.
	francs.	francs.
Premier Président et Procureur général...	25,000	18,000
Présidents de chambre..................	13,750	10,000
Conseillers............................	11,000	7,000
Avocats généraux.....................	13,200	8,000
Substituts du Procureur général.........	11,000	6,000
Greffier en chef........................	8,000	4,200
Commis-greffiers.......................	5,000	3,500

Les arrêts des cours d'appel doivent être rendus par cinq conseillers au moins, président compris. Mais dans certaines affaires spéciales, par exemple les prises à partie et les contestations relatives aux questions d'état, la Cour siège *toutes chambres réunies* en audience solennelle.—De même que pour la rentrée solennelle des tribunaux, au mois d'octobre, les magistrats siègent alors en robe rouge.

L'attribution normale de la Cour d'appel est de statuer sur les appels des décisions des tribunaux d'arrondissement ; dans certaines occasions, fort rares, les cours d'appel prononcent en premier et en dernier ressort à la fois (prises à partie), réhabilitation de faillis, etc.).

Près de chaque cour, le ministère public est représenté par un procureur général, assisté d'un nombre variable d'avocats généraux et de substituts du procureur général : tous ces magistrats sont amovibles.

Un greffier en chef et des commis-greffiers tiennent la plume aux audiences.

Les dépenses des cours d'appel (tant au correctionnel qu'au civil) sont inscrites au budget pour la somme de 6,089,533 francs.

II. — Juridiction criminelle.

§ 1. — *Tribunaux de simple police.*

Nous avons envisagé le juge de paix dans ses attributions du juge civil ; nous allons le voir maintenant juge unique de simple police.—Depuis la loi du 27 janvier 1873, en effet, la connaissance de toutes les contraventions de police est attribuée au juge de paix du canton dans l'étendue duquel elles ont été commises (la juridiction de simple police des maires n'existe plus aujourd'hui) : cette compétence territoriale est d'ailleurs indépendante du lieu du domicile ou de la résidence des contrevenants.

Sauf exceptions rares, le juge de paix, statuant comme juge de police, est compétent pour connaître de toutes les infractions dont la peine n'excède pas cinq jours de prison et quinze francs d'amende.

Il est saisi, soit par citation directe donnée par le plaignant ou par le ministère public, soit par la comparution des parties à l'audience sur simple avertissement (c'est le mode le moins coûteux et le plus suivi), soit, dans quelque cas, par le juge d'instruction, la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel, le tribunal correctionnel ou la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Le code pénal indique un grand nombre de contraventions de simple police, et, en dehors même des prévisions de ce code, des lois spéciales ont donné au juge de paix compétence pour statuer sur différentes autres contraventions, notamment en matière d'ivresse publique, de police du roulage et des chemins de fer, d'enseignement et de protection des enfants du premier âge, etc.

Comme nous l'avons fait observer plus haut, il existe près du juge de paix siégeant comme juge de simple police un représentant du *ministère public :* les fonctions en sont remplies par le commissaire de police du lieu où siège le tribunal ; en cas d'empêchement, ou s'il n'existe pas de commissaire de police dans le canton, c'est le maire (et l'adjoint, s'il y a empêchement) qui occupe le siège du ministère public.

Les tribunaux de simple police sont inscrits au projet de budget de 1896 pour la somme de 94,700 francs.

§ 2.—*Tribunaux correctionnels.*

C'est le nom que portent les tribunaux d'arrondissement lorsqu'ils statuent :

1o Sur les appels de simple police ;

2o Sur les infractions appelées *délits*, dont la peine excède cinq jours de prison et quinze francs d'amende.

Exceptionnellement quelques délits leur échappent : les uns (la plupart des délits de presse) allant à la Cour d'assises, les autres (délits de grande voirie) appartenant aux juridictions administratives, d'autres encore étant attribués aux tribunaux civils ou directement à la Cour d'appel. Par contre, ils connaissent de certaines infractions qui ne sont que de simples contraventions (par exemple les contraventions forestières, les infractions à la police de la médecine et de la chirurgie, etc.).

Au point de vue de la compétence territoriale, les tribunaux qui peuvent statuer sur un délit sont : le tribunal du lieu où ce délit a été commis, celui de la résidence du prévenu, ou celui du lieu où ce dernier a été trouvé.

Le tribunal correctionnel est saisi par la citation directe du ministère public ou de la partie civile, par la comparution volontaire des parties ou par le renvoi prononcé par le tribunal de simple police, le juge d'instruction, la chambre d'accusation ou la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Il statue notamment sur les inculpations d'abus de confiance, de vol, de blessures et coups, d'outrages aux agents de l'autorité, de rébellion, de bris de scellés, de dégradation de monuments publics, d'usurpation de titres ou fonctions, de vagabondage, de mendicité, d'attentat aux mœurs, de faux témoignage en matières civile ou correctionnelle, d'entraves à la liberté des enchères, de délits de chasse, etc.

Le *juge d'instruction* est un juge du tribunal qui a une mission spéciale : il est chargé d'examiner les faits qui peuvent être imputés aux auteurs de délits ou de crimes et les circonstances dans lesquelles ils ont commis ces délits ou ces crimes. Si le juge acquiert la certitude de l'innocence de celui sur lequel pèsent les charges de l'accusation, il rend en sa faveur une *ordonnance de non-lieu ;* si, au contraire, il réunit les preuves de sa culpabilité, il rend une *ordonnance de renvoi* devant le tribunal correctionnel (s'il y a présomption de délit), devant la chambre des mises en accusation (s'il s'agit d'un crime), ou quelquefois même simplement devant le tribunal de simple police.

§ 3. — *Cours d'appel.*

1o Chambre des appels correctionnels :

La Cour d'appel comporte quelquefois, nous l'avons

vu, une chambre spécialement chargée des appels de police correctionnelle, c'est à dire des appels formés contre les décisions des tribunaux correctionnels ; lorsqu'elle ne possède pas de chambre à ce destinée, les mêmes magistrats statuent à la fois sur les appels correctionnels et sur les appels civils. Le rôle de la Cour d'appel, à cet égard, se résume, comme en matière civile, à examiner de nouveau, sur l'appel des parties ou du ministère public, les affaires jugées par le tribunal de première instance.

Cependant la Cour d'appel peut être appelée, comme nous en avons déjà vu des exemples en matière civile, à statuer tout à la fois en premier et dernier ressort en matiére d'infraction délictueuse, s'il s'agit par exemple d'un délit commis par un juge de paix ou un juge de tribunal d'arrondissement.

2o Chambre des mises en accusation :

Nous avons vu que toute Cour d'appel, qu'elle ait une chambre unique ou plusieurs chambres affectées aux services civil et correctionnel, possédait toujours, en outre, une *chambre des mises en accusation.* Cette chambre a la mission d'examiner, s'il y a contre ceux qui lui sont déférés charge suffisante pour les rendre justiciables de la Cour d'assises, ou s'ils doivent simplement être renvoyés devant un tribunal correctionnel, ou même devant un tribunal de simple police.

§ 4. — *Cours d'assises.*

La Cour d'assises n'est pas un tribunal permanent comme tous ceux que nous avons vus jusqu'ici ; elle ne se réunit qu'une fois tous les trois mois aux chefs-lieux de département ou de Cour d'appel, et tous les quinze jours à Paris.

Ce tribunal spécial a une autre particularité, il se compose : 1o de magistrats (un président et deux

assesseurs, pris parmi les conseillers de Cour d'appel ou les juges du tribunal local d'arrondissement, un représentant du ministère public, et un greffier) ; 2o de simples particuliers, âgés de trente ans au moins, jouissant de leurs droits civils, politiques et de famille, et n'ayant pas besoin de leur travail journalier pour vivre (ils constituent le *jury* et doivent être, (au nombre de douze, tirés au sort sur des listes établies suivant certaines formalités).

Les jurés apprécient le fait ; ils ont à répondre à des questions posées par écrit et rédigées par le président. Le magistrat du ministère public requiert l'application de la loi. Les magistrats de la Cour, s'appuyant sur les déclarations du jury (si ces déclarations affirment la culpabilité de l'accusé), prononcent la peine.

Les cours d'assises sont instituées pour juger les crimes ; elles connaissent également de la plupart des délits de presse et des délits qui pourraient être commis dans l'enceinte de l'audience ; la loi du 9 septembre 1835 leur donne notamment le droit de punir d'un emprisonnement de deux ans au maximum toute personne présente à l'audience qui causerait du tumulte.

Même au cas où la Cour d'assises a acquitté ou absous un accusé, elle peut d'ailleurs le condamner à des dommages-intérêts envers la partie civile. Dans ce cas, les magistrats prononcent sans le secours du jury.

La Cour d'assises est saisie par l'arrêt de renvoi des chambres des mises en accusation, ou par le renvoi qu'ordonne devant elle la chambre criminelle de la Cour de cassation, après l'annulation d'un arrêt d'une autre Cour d'assises.

Elle connaît de tous les crimes, comme l'homicide

simple police, reçoit par l'intermédiaire du ministre de la justice les pouvoirs formés par les demandeurs aux greffes des cours et des tribunaux qui ont rendu les décisions attaquées. Ici l'assistance des avocats à la Cour de cassation n'est exigée que dans un nombre de cas fort restreint, et elle est accordée d'office à certains demandeurs (aux condamnés à mort notamment).

Pour statuer sur quelques affaires spéciales, les trois chambres de la Cour se réunissent en audience solennelle : les magistrats y assistent en robes rouges.

Ajoutons que la Cour de cassation, outre ses attributions purement judiciaires, a un pouvoir de censure et de discipline administrative quand elle siège comme *conseil supérieur de la magistrature.* Ainsi constituée, elle statue, toutes chambres réunies, sur les mesures disciplinaires qui peuvent avoir encourues les magistrats de l'ordre judiciaire.

***

Il n'est pas inutile, en terminant ce court exposé de notre organisation judiciaire, de noter que les dépenses du ministère de la justice sont inscrites au projet de loi portant fixation du budget général de 1897 pour la somme de 34,363,133 francs, tandis que celles de la plupart des autres ministères s'élèvent à des sommes de beaucoup supérieures.

P. COUTANT.

CITIZENSHIP IN THE UNITED STATES AND IN FRANCE (1)

There are two existing doctrines of citizenship; the one known as the *jus soli*, otherwise denominated as the common-law doctrine; the other, as the *jus sanguinis*, or doctrine of the law of nations. The former has been the established law of England, whence its appellation of "common-law doctrine." By the common law, birth within the realm made one a subject, without reference to the political status or condition of the parents. By the doctrine of the law of nations the political status of the child does not depend upon the place of birth, but it follows the status of the father and when the child is illegitimate, of the mother. In the United States, the question must depend upon the interpretation to be given to the first clause of the Fourteenth Amendment to the Constitution, but the peculiar language of a phrase in that provision renders it a somewhat debatable point as to whether the provision was intended to be declaratory of the common law or of the international doctrine. The courts have had but few occasions to construe this provision. Such decisions as there are, relate entirely to the status of Chinese and Indians born in this country. The rule laid down by the Supreme Court in Elk *v.* Wilkins, (2) with respect to the political status of Indians is, however, not applicable to that of Chinese, or persons other than Chinese, born here of foreign

---

(1) Extracts from an article published in the *American Law Review* of July-August last, and signed by MARSHALL B. WOODWORTH, of San Francisco.

(2) 112 N. S. 102.

parents. It is held that: "Indians born within the territorial limits of the United States, members of, and owing immediate allegiance to, one of the Indian tribes (an alien, though dependent, power), although in a geographical sense born in the United States, are no more 'born in the United States and subject to the jurisdiction thereof,' within the meaning of the first section of the Fourteenth Amendment, than the children of subjects of any foreign government born within the domain of that government, or the children born within the United States, of ambassadors or other public ministers of foreign nations." The decisions, which have passed upon the political status of Chinese born here, were all rendered in the Ninth Circuit, and they hold that the Fourteenth Amendment was intendod to be declaratory of the common-law rule, and that birth in this country is sufficient to confer the right of citizenship. On the other hand, the Supreme Court, in the Slaughter-house cases, used language which indicates that it then considered the provision as declaratory of the doctrine of the law of nations. Their expression of opinion is as follows: "The phrase, 'subject to its jurisdiction' was intended to exclude from its operation, *children of ministers, consuls, and citizens, or subjects of foreign States born within the United States.*"

Independently of these decision, the commonly accepted notion in this country, both prior and subsequent to the adoption of the Fourteenth Amendment, and that very generally entertained by the profession, has been that birth within the United States, although of alien parents, was sufficient, of itself, to confer the right of citizenship, without any other requisite, such for instance, as the naturalization proceedings which take place with reference to aliens.

....

It may be interesting, in this connection, to make a brief reference to the radical change made in the laws of France, in 1889, with respect to the question of citizenship. In that country, the international law-rule had prevailed since the promulgation of the Code Napoléon. The change made is best stated in an official communication from Mr. Reid of the Legation at Paris to Secretary of State Blaine, published in "Official Relations of the United States for 1890." (1) Omitting such parts as are immaterial to this discussion, it is as follows: "Sir: I submit herewith a synopsis of the new law on French nationality recently passed by the Chambers and gazetted under date of June 26, with a translation of its principal clauses. This law, which has been in preparation for over a year, works quite a change in the legal status of the large class of foreigners residing in France or born there, and will affect many American citizens. The law deals with two points: French citizenship and the right of domicile in France. With reference to the first point, it departs widely from the doctrine *jus sanguinis*, formerly so strictly adhered to by France, as well as by all the Latin races, and makes a decided step in the direction of the doctrine *jus soli*, followed generally by the nations where common law is practiced. It still maintains, as the old law did, that the son of a Frenchman is French wherever he may be born, but it makes nearly all those born in France French, the only practical exception to the rule being in the case of those whose fathers were not born, like themselves, in France and who were not living in France at the time of their coming of age. Concerning the second point, the law is more restrictive than the

(1) P. 276.

old one and tends to force French citizenship on the foreigners residing in France. The following analysis will show the scope of the law and how it is intended to operate :—

1. Who are natural-born French.

(1) Those whose fathers were French at the time of their birth whether born in France or abroad.

(2) Those born in France whose fathers were also born in France, although not French. Formerly they could claim French citizenship ; now they have no option, but are made French citizens.

(3) Those born in France whose fathers were not French and not born in France, if they reside in France at the time of their coming of age, unless they then disclaim French nationality and prove by a certificate of the government of their father that they have retained his nationality. Formerly they retained the nationality of the father, unless they claimed French citizenship ; now they take French nationality unless they claim the citizenship of the father. It thus appears —

(1) That the son of a naturalized French American who happens to be born in France is French.

(2) That the son of a native American, established in France for business purposes, is also French if he fails to claim his American citizenship at the age of 21 and if he is not supported in his claim by the United States Government.

(3) That the son of a Frenchman born in the United States is French ; and, as the law is silent as to any limitation in this respect, there may be, according to this doctrine, many generations of Frenchmen born in the United States—a doctrine which, if it were enforced by the other European nations, would

make every native-born American the subject of another country."

Some of the inconsistencies of this sweeping enactment are plain from the criticisms made by ex-Minister Reid. The law would seem to be a combination and adaptation of both the *jus sanguinis* and *jus soli*, with one object in view, viz., to impose French citizenship on as many persons as possible. The diplomacy of the measure, to increase the number of the rank and file of the French army, and in diminishing the foreign population, is plainly apparent. But the complications, and, perhaps, serious international conflicts, that may arise between the French government and other countries like England or the United States, where every one born on the soil is claimed as a subject or citizen, respectively, are not open to doubt. The great, redeeming feature of the French law, however, is that it compels a person born there of foreign parents and residing there on coming of age, to exercise his option as to which country he will give his allegiance; whether it shall be the country of his birth or that of his parents. If no election is made, it is conclusively presumed that French nationality is adhered to. I alluded to this feature above, as being the only way of harmonizing the two doctrines and freeing the question of citizenship in the United States with reference to children born here of foreign parents, and residing here when they come of age, from the confusion and doubt which now attend the matter.

....

MARSHALL B. WOODWORTH.

SAN FRANCISCO, February, 1896.

LE MINEUR COMMERÇANT A-T-IL BESOIN D'AUTORISATION OU D'ÉMANCIPATION POUR ÉTABLIR SON COMMERCE ?

J'entendais à l'une des dernières séances du terme, un confrère soutenir, avec talent d'ailleurs, la proposition suivante : "Que le mineur ne saurait faire commerce sans avoir été au préalable autorisé ou émancipé." L'argumentation de cette proposition que j'ai suivie avec intérêt a fait germer en moi l'idée d'étudier la question et d'entrer un peu plus avant dans le sujet.

Ce sont ces quelques notes prises çà et là, que je me permets d'offrir à mes confrères, trop heureux si je puis par cette petite étude, leur être utile dans l'application des principes sur cette matière.

Avant d'entrer en matière, il serait peut-être utile de connaître la source de notre droit commercial.

Notre droit sur le commerce, en dépit de ce que peuvent prétendre certains auteurs et jurisconsultes, c'est le droit français ; et je crois qu'il faut réagir contre la tendance que l'on a de se baser sur le droit anglais sur cette matière. Les lois anglaises sur le commerce sont venus apporter à nos lois un juste tempéramment quant à la preuve seulement ; quant aux principes fondamentaux, nous les tenons du droit français.

Sans nous arrêter davantage aux différentes législations des peuples anciens qui, les uns plus que les autres, ont jeté la lumière sur les dispositions analogues adoptées plus tard par les auteurs français— sans nous attarder à considérer ces différents recueils publiés par Pardessus sur la matière au nombre des-

quelles nous trouvons, 1o Lès Rôles ou Jugements d'Oléron ; 2o Les Jugements de Dames ou lois de Westcapel ; 3o La Table d'Amaphie et plusieurs autres qui ont trait surtout au commerce sur mer. Passons de suite au droit français proprement dit.

En 1492, Louis XI publia sur le commerce une ordonnance qui n'a rien de bien important.

Plus tard Charles IX, en 1563, par l'entremise du chancelier de l'Hôpital, créa, à Paris, la juridiction consulaire. Enfin, Louis XIV en 1673, publia sous l'initiative de Colbert, l'ordonnance du commerce connue aussi sous le nom de Code Savary ou Code Marchand.

L'on voit par les auteurs que vers la fin du siècle dernier on nomma une commission chargée de reviser ces lois. On se mit à l'œuvre, quand tout à coup éclata la Révolution française et la commission suspendit ses travaux.

Mais quelques années après, Bonaparte reprit ce travail, et en janvier 1808 le Code de commerce devint loi.

Il est bon de remarquer de suite que les ordonnances du commerce n'ont jamais été enrégistrées au Conseil Supérieur de Québec et par conséquent n'ont jamais eu force de loi dans le pays ; cependant, il est hors de doute que nos codificateurs ont dû s'inspirer de ces dispositions au sujet des articles 323 et 1005 du C. C., que nous allons examiner dans cet essai.

Ici, en effet, nous n'avons pas de Code de commerce spécial, les seules dispositions que nous ayons, sont répandues çà et là dans notre Code civil. Aussi nous faisait remarquer avec justesse l'hon. H. Archambault dans son cours de droit commercial : Quand la loi se tait, à quoi doit-on recourir ? Quelle est la source du droit commercial du pays ? Il faut distinguer,

disait-il, dans certains cas il faut recourir au droit français, dans d'autres, au droit anglais, et l'on apporte à l'appui de cette opinion, la réponse du général Amherst à l'art. 42 de la capitulation du pays : " Ils deviennent sujets du Roi."

Mais plus tard la question fut réglée, car l'acte de Québec 1774 déclara formellement : " Que les lois en vigueur lors de la cession du pays, continueraient à être lois du pays."

Or quelles étaient les lois en force lors de la cession du pays ?

Il y a discussion sur ce point : Les uns prétendent que c'étaient les lois qui gouvernaient la Prévôté de Paris en 1681. D'autres soutiennent au contraire que c'étaient les ordonnances du commerce et de la marine. Mais l'on a vu que ces dernières n'ayant jamais été enregistrées au Conseil Supérieur ne peuvent avoir reçu force de loi. D'ailleurs la jurisprudence a adopté la première opinion.

Quoiqu'il en soit, l'important c'est de savoir que lors de la cession et jusqu'au Code, nous étions soumis à l'ancien droit français.

La chose a été jugée : *Hutchison & Gillespie*, Conseil Privé ; *Languedoc & Laviolette*, I *Jurist* p. 243 ; *Joubert & Walsh*, 12 *Rev. Lég.* 334 et 350.

Voir aussi les remarques judicieuses de feu le juge en chef Sir A. A. Dorion dans la cause de *Monk & Ouimet* rapportée au 19 *Jurist* p. 71.

Cependant je crois que, règle générale, l'on ne doit recourir à l'ancien droit français, qu'en l'absense de texte précis.

En France la doctrine est bien connue et les opinions ne sont guère partagées. Tous les auteurs modernes s'accordent et la jurisprudence du temps a consacré le principe de l'émancipation préalable du mineur qui

vent devenir commerçant; d'ailleurs les textes de la loi sont clairs et précis sur ce sujet. Voir Code Napoléon art. 487. (Code de commerce, art. 2, 3, 5, 6).

Je dis avec raison les auteurs modernes, car, dans l'ancien droit, il n'est nullement question du mot "émancipation" donné comme qualificatif au mineur commerçant.

Que l'on prenne l'ordonnance du commerce, 1673, titre I, art. 6, où il est dit: "Tous négociants et mar-" chands en gros et en détail comme aussi les ban-" quiers, seront réputés majeurs pour les fins de leur" commerce et banque sans qu'ils puissent être resti-" tués sous prétextes de minorité."

Où est-il question d'émancipation dans cet article? et il me semble que les termes de l'article sont assez précis pour que l'on puisse affirmer sans hésitation que l'intention du législateur était de ne faire aucune distinction entre les mineurs émancipés ou non. D'ailleurs pourquoi cette omission si cette formalité préalable était si nécessaire, il eut été bien facile d'y insérer le mot émancipé qui aurait tranché la difficulté. Mais poursuivons:

"Il y a pourtant, dit Henrys, Tome II, page 717," No. 16, en parlant de l'émancipation, un cas où le" négoce émancipe; les marchands quoique mineurs" peuvent valablement passer toutes sortes de con-" trats concernant le commerce, sans espérance de" restitution."

Que l'on remarque les mots "que le négoce éman-" cipe."

C'est donc d'après l'auteur le fait seul de commercer qui produit l'émancipation, à quoi bon alors recourir aux formalités prescrites par le C. N. et le C. du C. qui ne devront rien ajouter à la capacité du mineur, puisque par le fait seul qu'il fait commerce, il devient émancipé pour cette fin.

Pourquoi en effet cette formalité de l'émancipation préalable ? Quelle est sa raison d'être ? je n'en sais rien, et les commentateurs du Code Napoléon se gardent bien d'en donner la raison, car d'après les rapports des codificateurs français, l'on voit que l'art. 487 qui requiert l'émancipation préalable, a passé sans discussion.

Cependant nous voyons dans lss pandectes françaises No. 4, sur l'art. 487 C. N. la note suivante qui n'est pas sans signification :

"Nous pensons, est-il dit, que le mot émancipé qui " s'y trouve est une erreur qui s'est glissée dans la " rédaction, et qu'il ne faut point le regarder comme " établissant une règle. En effet, lorsqu'un mineur " fait un commerce public, il serait dangereux d'assu- " jettir ceux qui traitent avec lui à justifier qu'il a " été émancipé ; il faut donc lire et entendre cet " article comme si le mot émancipé ne s'y trouvait " pas."

Est-ce assez clair, assez précis ?

Nos codificateurs semblent avoir bien compris l'inutilité de cette formalité d'émancipation, car au sujet de l'art. 323 du C. C. qui reproduit textuellement l'art. 487 du Code Nap. moins le mot émancipé. Les codificateurs remarquent très judicieusement : " Cet article (323) est conforme à l'ancien droit ; il " diffère cependant de l'art. 487 du C. N. qui lui " correspond en ce que ce dernier exige que le mineur " pour contracter valablement, non seulement fasse " commerce, mais de plus qu'il ait été préalablement " émancipé ; cette requisition est de droit nouveau et " ne nous parait pas nécessaire."

Il n'y a donc pas de doute à entretenir ici sur la capacité du mineur de faire commerce.

La loi lui donne le pouvoir de contracter et de

s'obliger dans l'intérêt de son négoce, et ce sans aucune formalité préalable.

En effet, ici aucune condition n'est requise, le mineur est commerçant par le seul acte de sa volonté, mais cette capacité, bien entendu, ne vaut que dans les limites de son commerce.

" La raison de ceci, dit Bourot, en citant un arrêt " du parlement de Dijon du 28 juillet 1614 rendu en " faveur d'un mineur qui avait cautionné un mar- " chand, c'est qu'il ne suffit pas que le mineur " marchand s'engage pour fait de commerce, mais il " faut que ce soit le sien."

Et la jurisprudence de nos tribunaux est dans le même sens.

Pourquoi serions obligés ici de recourir à diverses formalités d'émancipation qui plus couteuses les unes que les autres, entraînent le mineur dans des frais, retardent son installation, et l'exposent à bien des embarras inutiles, sans résultat pratique. Je me le demande, où dans nos lois trouve-t-on une disposition qui oblige le mineur à remplir quelques formalités avant d'établir son négoce?

Je n'en vois aucune. — La loi se tait. Est-ce une lacune dans notre droit? Certainement non, car les codificateurs dans leur rapport nous laisse comprendre que ce silence est intentionnel. " La réquisition qui " requiert l'émancipation est de droit nouveau et " nous ne la croyons pas nécessaire." Si elle n'est pas nécessaire, il s'en suit naturellement que le mineur peut faire commerce dans le pays comme sous l'ancien droit, sans autre formalité que la manifestation de sa volonté. Et pourquoi en serait-il autrement! — le mineur n'est-il pas suffisamment protégé par la responsabilité propre de sa qualité de majeur pour les fins de son commerce?

Il sait qu'il n'a aucun espoir de restitution, l'art. 1005 C. C. le lui apprend en termes formels, et le met sur ses gardes contre les engagements qu'il pourra prendre.

Parce qu'un mineur devient commerçant de son chef, s'en suit-il qu'il ne puisse pas prendre conseils de personnes plus sages et plus éclairés que lui dans la science des affaires, pour le diriger, le tenir au courant de la hausse et de la baisse, et épargner à son inexpérience tous désastres financiers ?

Mais, objecte-t-on, vous laissez des jeunes gens, voir des enfants, s'engager dans une voie qui les mènera bientôt à la ruine.

L'objection n'est pas sans quelque valeur. C'est vrai, beaucoup de jeunes gens sans expérience et ambitieux, voulant sans doute courrir avant d'avoir appris à marcher, tomberont au premier caillou qu'ils rencontreront sur la route, mais par contre beaucoup d'entre eux conduiront sagement leur barque au port.

Pourquoi entraver par une suite de formalités longues et couteuses qui ne confèrent aucun droit et n'ajoute aucun pouvoir, de nobles efforts vers le progrès et l'avancement de nos industries.

Pourquoi refuser au mineur qui n'aurait le temps voulu, ni les moyens nécessaires pour procéder à son émancipation, la faculté de continuer des spéculations heureuses commencées par son auteur ? Pourquoi lui refuser une association avantageuse que lui offriraient des personnes obligeantes.

J'avoue en toute sincérité que je ne vois aucune raison sérieuse en faveur de cette émancipation préalable.

Je me suis laissé dire que certains notaires, par mesure de précaution sans doute, emploie ce remède de l'émancipation à l'égard des mineurs dont ils ont

à passer l'acte de société ou tout autre acte que nécessite leur entrée dans les affaires.

Je ne crois pas que cette précaution sage d'ailleurs soit nécessaire et assure davantage la sécurité au mineur.

Je n'entretiens pour ma part aucun doute sur la capacité du mineur de faire commerce, dans la province, de par sa seule volonté.

En France et en Angleterre, les mineurs commerçants sont soumis à quelques formalités, mais ici en Canada et spécialement dans la province de Québec, le commerc est libre et ouvert à tout le monde sans formalités, sauf pour les femmes mariées qui sont soumises à des lois spéciales.

Tous ici sont appelés à entrer dans le tourbillon des affaires pour y déployer leurs talents et leurs aptitudes et rendre le commerce prospère et florissant, sans que la loi n'y vienne imposer ses rigueurs et mettre un frein à son entier épanouissement.

Voyons maintenant une question qui se rapporte au sujet que nous venons d'examiner :

LE MINEUR COMMERÇANT PEUT-IL HYPOTHÉQUER SES IMMEUBLES POUR LES FINS DE COMMERCE ?

Jousse, sur l'article 6, titre I, de l'Ordonnance de 1673, prétend que le mineur peut accorder une hypothèque volontaire pour des emprunts qu'il ferait devant notaire.

La majorité des auteurs repousse cette doctrine comme contraire aux principes, en effets, ces emprunts, qu'ils soient faits devant notaire ou non, ne constituent pas des actes de commerce, car pour qu'il y ait acte de commerce, il faut que celui qui passe l'acte ait en vue deux opérations distinctes portant sur le même objet et pour en retirer un

bénéfice. Or, le fait d'emprunter au moyen d'une hypothèque, ne rencontre pas à mon avis, ces deux qualités requises pour l'acte de commerce.

Alors le mineur qui voudrait ainsi hypothéquer sortirait des limites de ses pouvoirs, mais s'il sort de ses attributions, il n'est plus réputé majeur et il retombe dans la catégorie des incapables, pour ces actes en dehors de son négoce, il devra donc obtenir l'autorisation du conseil de famille ou du juge, d'ailleurs la faculté d'hypothéquer comprend celle d'aliéner, et je ne suis pas prêt à accorder au mineur commerçant le privilége de l'aliénation de ses immeubles. D'ailleurs la question est vivement discutée, les opinions de jurisconsultes distingués sont partagées, et je crois même que l'Hon. Juge Jetté, enseigne dans son cours de droit civil, que le mineur ne saurait hypothéquer ses immeubles sans autorisation, tandis que l'Hon. H. Archambault semble adopter l'opinion contraire. Pour ma part, je n'ai aucune hésitation à adopter la négative que je crois plus rationnelle, plus conforme aux principes.

Mais s'agit-il d'une hypothèque constituée par le mineur en règlement d'une condamnation obtenue contre lui, à raison des engagements qu'ils a pris dans le cours des affaires et à raison de son commerce? Alors la question change de face et l'hypothèque dans ce cas, n'est plus une hypothèque volontaire, mais bien, comme le dit de Lorimier Bibl. C. C. " ce n'est qu'une suite du jugement obtenu."

A quoi bon en effet le jugement obtenu contre le mineur, s'il ne peut être suivi d'exécution." Pourquoi le créancier qui a contracté avec un mineur se verrait-il obligé d'abandonner les droits acquis par son contrat.

En effet si le mineur commerçant n'est pas resti-

tuable pour les engagements qu'il a contractés à raison de son commerce, il faut donc qu'il en remplisse toutes les obligations. Or le jugement obtenu contre une partie ne constitue t-il pas une obligation accessoire qui découle de l'obligation principale.

Si le mineur en vertu de la loi est tenu au principal, il sera aussi tenu à l'accessoire *Accessorium sequitur principale*; et si l'hypothèque est le seul moyen pour le mineur de satisfaire au jugement rendu contre lui et se libérer de son obligation, il devra le donner, car la loi le lui ordonne.

Montréal, 5 août 1896.

LOUIS J. LORANGER, B. A. L. L. L.,
Avocat.

Claques aux théâtres.—Est nulle comme basée sur le mensonge et la corruption, et aussi comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs en raison du trouble qu'elle peut faire naître et de l'atteinte qu'elle porte à la liberté d'examen du public payant, la convention par laquelle le directeur d'un théâtre traite avec un entrepreneur pour l'organisation du service des clapueurs.

Tribune de commerce de la Seine, 27 *juin* 1896.

L'audience, 25 *août* 1896.

INSOLVENCY LEGISLATION.

It may be pretty safely asserted I think that no one subject connected with the administration of justice throughout the civilized world has received more attention or been labored over more assiduously than that of insolvency. And yet as far as English speaking countries are concerned at all events the difficulties which surround it seem as far from solution as ever. The history of insolvency legislation in England and the United States and in Canada is one of repeated efforts to overcome these difficulties. Speaking of the last general bankruptcy act in England in 1883 the London *Times* said " It is, no doubt, a sincere attempt to grapple with great evils ; and if, like so many other bankruptcy measures, it fails to satisfy expectation, general despair of doing much good by legislation will be the probable and even the reasonable result."

There is at present no agitation in Canada for an insolvent act, but as the need of one is always with us any time may be considered opportune for the discussion of the subject. It is proposed here to review the present position of insolvency legislation for the purpose of showing that all, or almost all, the so called difficulties connected with it arise out of the question of discharge. That this has been the opinion of the Boards of Trade in this country for some time past is evidenced by their reports and the expressions of opinion therein contained. In 1885 the annual report of the Montreal Board referred to a deputation from the council of the Toronto Board of Trade which waited on Sir John Macdonald in that city with refer-

ence to the subject. It goes on to say "that the Premier referred to the objections to insolvency legislation which had thus far proved sufficiently powerful to prevent the passage of the bill. The council, however, desired to point out that these objections apply only to the provisions for composition and discharge which were undoubtedly greatly abused under the old law." The late judge Ramsay referring to a bill which was brought in the following session, apparently in consequence of the representations then made, said: "The bill, 'An Act concerning Insolvency,' is a measure with the dangers of which we are familiar. Twice within the last thirty-six years, have laws of this sort been abrogated under a perfect storm of execration and abuse. It was a common joke after the old law was repealed, that there would be no new law on the subject till the insolvent interest became formidable. The authors of the present bill were aware of the suspicions naturally attaching to bankruptcy and insolvency legislation, and to disarm distrust, they have invented the novel device of prefixing a chapter of general remarks on its principles and provisions. There is no objection to a preliminary statement of principles, but the pompous exposition before us advances no principle about which any reasonable man ever had the least doubt. The principle it would have been interesting to have had laid down is as to whether it is intended by the bill to give protection to the creditor, or favour to the debtor. On this point the general remarks are ominously reticent. The only defensible principle of legislation as to insolvent estates, is to give the cheapest and most expeditious mode conceivable of paying the creditor what is due to him. It is sometimes said, that if the debtor gives up all his property, he has a right to be discharged

from further liability. He has no such right. In giving up what will pay his creditor, he merely surrenders that which is not his."

Four years previously the late Lord Sherbrooke in an article in the Nineteenth Century on bankruptcy legislation wrote as follows :

" A great deal of time, of trouble, of expense, and of misery, would have been saved to mankind if legislators could have been induced to consider more narrowly not only what they are legislating about, but for whom they are legislating, and what good society is likely to derive from their work."

Commenting on this, the *London Law Times* says :

" The fact is that in bankruptcy legislation we have never properly considered for whom we are legislating. The main object which our legislators seem to have had in view has been the comfort and convenience of those unable or unwilling to pay their just debts, rather than the protection of those whom one would think were most deserving of consideration—innocent and gullible creditors. Had it been otherwise, and had we thought more of the interest of the honest trader, rather than of the dishonest, or, at any rate, careless debtor, our commercial morality would probably be far higher than it is."

The bankers of this city being canvassed on the subject a few years ago the majority of them were found to be in favor of an insolvent act without any provision for discharge. The English act of 1883, above referred to, did fail, and notwithstanding several amendments, still fails to "satisfy public expectation," or to successfully "grapple with the evils" which it was intended to remedy, apparently from no other reason than because it still legislates for the debtor instead of for the creditor. The cause of this is not far to

seek. The first English acts were entitled, and were intended "for the relief of insolvent debtors," and although since that time the social system of England has undergone a complete change, so strong is the law of association, that the average Englishman cannot rid himself of the idea that it is cruel and unjust to take away a man's assets and not discharge him from his liabilities; that in short, the one is the logical and necessary counterpart of the other. To expose the groundlessness of this idea it ought perhaps to be sufficient to point out that for fifteen years this province has, so far at least as its local interests are concerned, got on better with the half a dozen articles inserted in the Code of Procedure than under the most elaborate of the insolvent acts which were previously in force. That under the present outline of a system for distributing insolvent estates there has been less litigation, I think I may say less costs, and a total absence of that demoralizing influence which constituted the great predominating evil of the former acts. And during all this time there has been no provision whatever for a discharge of the persons whose estates were thus wound up. Why should there not be a general act of the same kind that is simple in its construction, inexpensive in its working and without any provision for discharge? Why should the country not have the benefit of uniformity, and any other advantages which a general act may afford without the evils of the former system? There is no practical reason whatever why it should not. The feeling that it is cruel comes down to us from a time when the debtor might be kept indefinitely imprisoned in default of paying his debts, but that time is long gone by. And not only so but he can now-a-days carry on business with perfect immunity from his former debts

in the name of some other person, or other member of his family ; which is one reason why the absence of a discharge occasions so little practical inconvenience. I have known a man go through an entire family of five or six persons, whose names were eligible for business purposes, and having failed in each, finally got back to his own, the first set of debts being outlawed.

That it is unjust has still less to support it.

Goods as soon as they are sold and delivered, whether paid for or not, become the property of the purchaser in the eyes of the law ; but that is on the assumption that if not paid for on delivery they will be when the term for payment expires. If not, and if in fact when that time comes it appears that the purchaser is insolvent, what he has in his possession is no longer his, it is the property of all his creditors in common. The real purpose of an insolvent act now-a-days is simply to make a legal distribution of what there is left in the readiest and most effectual way. That it will be insufficient to satisfy his creditors in full is understood when the proceedings are begun. If fortunately the result is otherwise the insolvent requires no discharge, the creditors are paid. But if, as most usually happens, the assets are insufficient for that purpose, on what logical principle are the creditors to be deprived of their right to claim the balance whenever they have the opportunity of doing so ? None whatever. If the purchaser buys goods to sell again on his own account it is with the hope ol making a profit on them, but at the risk, perfectly well understood, of making a loss ; both of which are his, or he is not dealing on his own account but on account of the persons from whom he buys. If he made it a cast-iron rule to pay everybody in connection with

his business first, and use only for his private purposes the net balance that remained, the risk of loss would be reduced; but unfortunately a large proportion of the persons who buy on credit live first on the proceeds and pay the creditors with the balance. If the balance is sufficient to pay them in full well, if not, not so well. To all this class of persons the old insolvency acts offered a means of living by and at the expense of others, which the unscrupulous availed themselves of in large numbers. Everybody who could obtain a stock of goods on credit (and who could not?) had the means of trying his fortune in business and supporting his family for an indefinite period with a chance of profit, but without much risk of loss. In a word, he had everything to gain and in many cases very little to lose by going into business. If in the course of a year or two the business resulted in a failure there was his discharge; he could step out very little poorer perhaps then when he commenced. That failures multiplied and business became demoralized under such a system, was the only possible result to be expected. Every insolvent act which says to a man "if you can find anybody to trust you with a line of goods, you are all right, you can live on them as long as you can keep the thing going, and when you can do so no longer, you can make an assignment and get a discharge," is bound to demoralize any people under the sun. It offers a premium to carelessness and dishonesty.

The trend of public opinion, however, of late years has been towards a recognition of this principle. All the late English acts and amendments of acts are in this direction. While still holding out in favor of a discharge they try to avoid the evils consequent thereon by providing for a more rigorous examination

of the insolvent, larger discretion in the Judge to grant or refuse a discharge, by imposing more onerous conditions on the insolvent as to the amount realized from his estate, and so on. All these are so many attempts to head off as it were evils which might be avoided altogether by simply passing an insolvent act without any provision for discharge whatever. To assume that every bankruptcy act must of necessity include such a provision is to assume something which when properly considered is without foundation. Not only so, but something which is at the same time unreasonable and unjust. Why should B, because A thinks it to his interest to sign a composition and discharge for fifty cents on the dollar, be legally bound to do the same thing. Or why should the court declare any man released from his debts when his creditors have refused to release him. It has very much the appearance of robbing one man for the benefit of another. If all the creditors were on the same footing it would be more reasonable to say here are such a proportion of you, say three-fourths, ready to give this man his discharge on paying fifty cents on the dollar, but they cannot do so unless the other one-fourth agree to do so too. We think the one-fourth ought to be bound by the three-fourths. But they never are on the same footing. One creditor has been dealing with that man, perhaps for years, and it may be has made a good deal of money out of him. The balance due him is we will say $500. Another creditor has sold him a bill of goods for the first time and that perhaps within a few weeks of his failure and his claim is also $500. The first man who has dealt with him for years may, and generally does, expect to go on dealing with him again. The second man whose confidence in him has been so rudely shaken neither

expects nor wishes perhaps to deal with him again. These two are not on an equal footing. A third creditor may have advanced him $500 in money, just to help him for a day or two, but supposing that he was perfectly sound and solid, and yet he is supposed to come in with the rest. Illustrations of this kind are too common to need repetition or proof; but they serve to bring into greater relief the injustice that may be committed by a general provision for discharge. No insolvent act that was ever framed has attempted to provide for these inequalities or to discriminate between the different classes of creditors in this respect. Nor would such a thing be practicable. The evils such an attempt would create would be still greater than the evils to be remedied. Yet the gross injustice of the thing has always been apparent. What is to be done? Cease considering there can be no insolvent act without a provision for discharge. Do as other places do, or as the different provinces now do in a sort of way, provide for the winding up of a man's estate and distributing the proceeds, but leave the question of discharge entirely in the hands of the creditors. Let us see what is done elsewhere.

Under the Scotch act the composition and discharge to bind the minority must have the consent of a majority in number and *nine-tenths* in value of the creditors. That is getting it down pretty fine. There would remain the creditors representing only one-tenth of the total liabilities to be bound against their will. Still, even such an apparently small proportion may represent a good deal of hardship and injustice. In an estate of $100,000 there would be creditors (many or few) representing $10,000 who would find themselves deprived against their will of their right to the balance of their claim, whatever that might be, or whatever it would be worth to them.

In the United States, the position of affairs in this respect is much the same as it is in Canada. The federal authorities have the power, indeed it has been urged, the exclusive power, to legislate on the subject; but owing to exactly the same causes which prevail here, no general bankruptcy act has been in existence for some years. The last general act was abolished in 1878, and the different states as we do here make their own provision for winding up insolvent estates. Some of these grant discharges on different conditions (the validity of which however is very doubtful), but the great majority of them do not. A few of the states have no insolvent act of any kind. The following is a fairly complets list of those which have :

Arkansas,	No discharge.
California,	Discharge except from foreign claims.
Connecticut,	do on payment of 70 cents.
Florida,	do
Georgia,	No discharge.
Idaho,	do
Illinois,	do
Indiana,	do
Indian Territory,	do
Iowa,	do
Kansas,	do
Kentucky,	do
Louisiana,	Discharge except as to foreign claims.
Maine,	do
Maryland,	do do do
Massachusetts,	do
Michigan,	No discharge.
Minnesota,	Every creditor who accepts a dividend must release balance.
Missouri,	No discharge.
Nebraska,	do

Nevada,	No discharge
New Hampshire,	do
New Jersey,	do
New Mexico,	do
New York,	do
North Carolina,	do
North Dakota,	do
Ohio,	do
Oregon,	Discharge on payment of 50 cents.
Pennsylvania,	No discharge.
Rhode Island,	do
South Carolina,	do
South Dakota,	do
Tennessee,	do
Texas,	Same as Minnesota.
Vermont,	Discharge.
Virginia,	No discharge.
Washington,	Discharge.
Wisconsin,	do
Wyoming,	Same as Minnesota and Texas.

The peculiar features of this list are the idea of excluding foreign creditors from the operation of the discharge ; and the idea of subjecting to it only those who accept a dividend, giving to a creditor thereby the option of standing in with the others or not as he may choose. Both of these are efforts to escape from the injustice of the principle.

In France, there is composition and discharge, but not absolute discharge, that is to say without the consent of a certain proportion of the creditors. The composition is binding on all the ordinary creditors if it has received the consent of a majority in number and three-fourths in value of them.

This is as far as it is necessary to carry the comparison. The lessons to be learned from it are these :

1st. That the legislation of the past has been based on the false and pernicious principle of legislating for the insolvent as well as for his creditors.

2nd. That the composition and discharge is but a modification of the discharge absolute.

3rd. That it is no more just to bind the minority by the will of the majority than it is to discharge the insolvent without any such consent.

4th. That this and every other modification of the same principle must always and everywhere bear the same fruit, a fruit which is the natural result of robbing one man and demoralizing another.

A study of the different systems in use in different parts of the world reveals what were apparently other weak points in our past legislation which may be referred to in a future number, together with the suggestions to which they give rise.

C. H. STEPHENS.

HUISSIERS.—Il y avait au châtelet de Paris en 1788, 350 huissiers à cheval chargés de faire exécuter les ordres des Chambres de Justice et des Magistrats. La résistance offerte aux huissiers dans l'exercice de leur charge était sévèrement puni, et allait quelquefois jusqu'à la peine de mort.

....Monsieur, je sais que, pour un million,
Vous ne voudriez pas faire rebellion,
Et que vous souffriez, en honnête personne,
Que j'exerce ici les ordres qu'on me donne.

(En 1664, TARTUFFE, acte V, scène IV.

LES MINISTRES DANS LES PRINCIPAUX PAYS D'EUROPE ET D'AMÉRIQUE

L'Académie des sciences morales et politiques, section de législation, en France, a, il y a quelques années, ouvert un concours pour le prix Odilon Barrot ; le sujet proposé était une étude sur le rôle des ministres dans les principaux pays de l'Europe et de l'Amérique.

Le prix vient d'être décerné à M. L. Duriez, professeur à l'Université de Louvain, sur le rapport de M. le Comte de Franqueville. (1)

M. Duriez a fait une étude constitutionnelle de l'Angleterre, de la Belgique, de l'Italie, de la Prusse, de l'Allemagne, des Etats Unis, de la Suisse et de la France. Il a décrit leurs diverses formes de gouvernement, en indiquant, pour chacun d'eux, les origines et les sources de leur constitution, et des corps organisés qui participent à la confection des lois et à l'administration des affaires du pays. Il montre comment s'y fait la séparation des pouvoirs, la composition des ministères et le rôle particulier attribué à chaque ministre.

Ce livre est le produit d'un travail considérable, et démontre chez son auteur une grande érudition légale et une profonde connaissance des institutions gouvernementales de ces divers pays. L'ouvrage est descriptif, et est fait plutôt au point de vue du jurisconsulte que de l'homme politique.

C'est un traité de droit constitutionnel pour chaque pays, en même temps qu'une étude comparée des divers systèmes. C'est le fonctionnement du gouver-

(1) L'ouvrage est en deux volumes, d'une typographie qui ne laisse rien à désirer. Il a été édité par la maison J. Rothschild, 13 rue des Saints-Pères, Paris. Prix 20 francs.

nement démocratique de la France et de la Belgique ; oligarchique et parlementaire, de l'Angleterre, de l'Italie et de la Prusse ; fédéral, de l'Allemagne, des Etats-Unis et de la Suisse mis en regard.

Le style est clair et soutenu ; les faits sont enchaînés avec méthode et reposent sur une parfaite exactitude historique.

L'auteur commence son ouvrage par l'Angleterre. Il donne d'abord les sources de la constitution anglaise qu'il indique comme étant de trois sortes : les documents écrits, pactes, traités et statuts ; la coutume ou *common law ;* et les conventions ou pratiques constitutionnelles. Vient ensuite l'organisation des pouvoirs. Le Roi est le centre d'où émane toute autorité. Au Parlement, c'est le *King in Parliament* qui fait les lois ; dans le cabinet, c'est le *King in Council* qui les exécute.

L'auteur donne ensuite les origines, la composition et le rôle du Cabinet.

Après avoir décrit les pouvoirs des chambres, les rôles des partis politiques et des ministres en général, il explique les droits et la mission de chacun des ministres du Cabinet et des divers corps qui participent au Gouvernement.

Tel est, en général, le plan de l'ouvrage pour tous les autres pays.

Pour donner une idée de la haute valeur de ce livre, nous en reproduisons la conclusion. C'est une appréciation des divers systèmes de gouvernement décrits dans les deux volumes et un exposé des défauts et des avantages de chacun d'eux. L'auteur cesse ici, du moins en partie, d'être juriste pour devenir homme politique.

Bien que cette conclusion offre de précieux renseignements et soit très intéressante sous la forme adoptée par l'auteur, nous aurions mieux aimé voir la partie

où il est traité de la théorie des gouvernements, servir d'introduction à l'ouvrage. Le lecteur aurait pu ainsi se rendre un compte plus exact du travail de l'auteur. Quant à la partie où il compare et suit la marche des diverses constitutions, elle forme une excellente conclusion.

En somme, l'homme d'Etat, l'homme de loi et toutes les classes instruites, trouveront dans ce livre une instruction solide, et indispensable à tous ceux qui suivent avec intérêt les évènements importants qui se déroulent de nos jours en Europe et en Amérique.

J. J. BEAUCHAMP.

CONCLUSION.

" La nature du rôle joué par les ministres dépend fort peu de ce qu'on est convenu d'appeler la forme du gouvernement. Si l'on veut grouper à ce point de vue les Etats en un certain nombre de catégories qui soient fondées sur des distinctions et des affinités réelles, il ne faut pas s'en tenir à la division traditionnelle des monarchies et des républiques. Ce n'est pas le mode de transmission du pouvoir exécutif, mais bien plutôt la nature de ses rapports avec le pouvoir législatif, qui caractérise et diversifie la mission des ministres dans les pays constitutionels.

" Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif peuvent être, soit entièrement séparés. soit totalement confondus. Mais entre ces deux régimes extrêmes, il y a place pour divers modes d'organisations qui, tout en maintenant les pouvoirs parfaitement distincts, leur demandent l'accord et la communauté d'action dans leur marche. Entre des pouvoirs indépendants dans leur origine, mais obligés à une entente perpétuelle, il est impossible de maintenir un parfait équilibre d'autorité et de puissance. Il arrive fata-

lement que l'un d'entre eux, fort de sa prépondérance, impose sa direction à l'autre, auquel il ne reste qu'une influence modératrice plus ou moins accentuée. Et, comme cette prépondérance appartient tantôt au pouvoir exécutif, tantôt au pouvoir législatif, les institutions peuvent se présenter sous deux formes bien distinctes. Ainsi, en prenant pour base la nature des relations entre les pouvoirs, nous trouvons appliqués dans les Etats constitutionnels quatre systèmes principaux.

" 1.—Le régime de la séparation des pouvoirs, dont le modèle nous est fourni par la constitution des Etats-Unis.

" 2.—Le régime de la distinction et de l'union des pouvoirs avec prépondérance du pouvoir royal, que l'on peut appeler le gouvernement personnel tempéré. La Constitution prussienne nous en offre le type le plus caractéristique.

" 3.—Le régime de la distinction et de l'union entre les pouvoirs avec prépondérance du Parlement. C'est le régime parlementaire qui a passé de l'Angleterre dans la plupart des pays d'Europe.

" 4.—Enfin, le régime de la confusion des pouvoirs, tout particulier à la Suisse.

" Cependant il ne faut pas exagérer la portée de cette classification. Il ne faut croire, ni qu'une ligne de démarcation bien nette et bien profonde sépare tous ces groupes, ni que dans chaque catégorie une similitude complète règne entre tous les pays qui y sont rangés. Tout au contraire, chaque gouvernement a ses formes distinctives et ses caractères propres, qui résultent inévitablement de la différence des situations sociales et des traditions historiques. Les régimes extrêmes se rapprochent des constitutions intermédiaires, parce que jamais leur principe fondamental n'est appliqué dans tout son étendue, sans aucune restriction. La consti-

tution des Etats-Unis a elle-même apporté des exceptions à la règle de la séparation des pouvoirs, et la pratique a trouvé plus d'un moyen de réunir les Chambres et les ministres dans une action commune. De même, en Suisse, la subordination des agents exécutifs aux Conseils législatifs se trouve sensiblement corrigée par l'autorité morale dont jouissent les ministres au sein des assemblées. Partout, sous l'influence des circonstances et des nécessités pratiques, des modifications ont été introduites dans l'organisme politique. Chaque constitution, en même temps qu'elle se distingue des constitutions similaires, atténue les différences qui la séparent de tel ou tel autre groupe. Le gouvernement de l'Autriche et celui de la France sont généralement considérés comme se rattachant tous deux au régime parlementaire. Le premier, où l'Empereur et Roi a conservé une si forte autorité, n'offre-t-il pas cependant de grandes analogies avec le régime du gouvernement personnel ? Et la France, de son côté, avec son Président réduit à l'impuissance, n'est-elle pas bien près de la confusion et de l'accumulation de tous les pouvoirs dans le Parlement ? Ainsi, au lieu d'avoir quatre degrés bien marqués dans les rapports entre les pouvoirs, nous trouvons toute une longue série de relations diverses qui vont de la séparation à la confusion, en passant par toutes les formes du gouvernement personnel et du gouvernement parlementaire.

" Tous ces régimes ont, d'ailleurs, une origine commune, à l'exception d'un seul. La Suisse a tiré de son propre sol les matériaux de son organisation actuelle. Les autres pays ont cherché leur modèle dans la constitution de l'Angleterre. Mais comment se fait-il que d'une même source soient sorties des institutions aussi différentes ? Ce ne sont point les raisonnements abstraits des hommes, mais les évènements historiques

et la diversité des conditions sociales qui ont produit ce résultat.

" Nous avons montré comment les colons de l'Amérique du Nord ont cru transplanter chez eux les institutions de la mère-patrie, alors qu'ils en changeaient la base même par l'exagération du principe de la distinction des pouvoirs poussé jusqu'à la séparation. L'erreur était d'ailleurs explicable. Voyant de loin le fonctionnement du mécanisme politique de l'Angleterre, ils n'en pouvaient apercevoir que les traits saillants. Or, à cette époque, la lutte ardente engagée entre le Roi et le Parlement mettait exclusivement en lumière les divisions des pouvoirs et cachait dans l'ombre les multiples liens qui les rattachaient l'un à l'autre.

" Les nations européennes n'ont point suivi l'exemple des Etats-Unis. C'est qu'elles ont mieux compris le mécanisme de la constitution anglaise et qu'elles ont connu celle-ci à une époque où elle était plus avancée dans son évolution. Suivant de près leur modèle, elles ont établi les rapports entre les pouvoirs sur la double base de la distinction et de l'union. La question de prépondérance n'a pas été tranchée par des textes légaux, mais par les traditions, les mœurs, les circonstances. Les mêmes dispositions constitutionnelles ont conduit tantôt au gouvernement personnel, tantôt au gouvernement parlementaire. Le pouvoir qui reposait sur la base la plus solide, et qui disposait des plus grandes forces sociales, s'est emparé de la direction de tout le mouvement politique.

" Certains nous demanderont peut-être quel est le meilleur de tous ces régimes politiques. A cette question, nous n'hésitons pas à répondre qu'il n'y a point pour nous de constitution bonne en elle-même. Il n'y a que des constitutions plus ou moins adaptées à l'état social et à la situation politique d'un peuple dans un moment donné. Il serait même plus exact de dire qu'il

y a des peuples plus ou moins aptes à se gouverner par eux-mêmes, dont l'éducation politique est plus ou moins développée, qui ont des traditions plus ou moins saines et plus ou moins fortes.

"Cela ne nous empêche pas de conserver de vives sympathies et des préférences marquées pour le gouvernement parlementaire dont la Belgique a eu l'honneur de faire sur le continent l'application la plus heureuse.

"A considérer en eux-mêmes le système de la sépation et celui de la confusion des pouvoirs, il semble que l'un doive aboutir fatalement à la paralysie complète du mécanisme politique, que l'autre mène tout droit à l'absolutisme et à la ruine de la liberté. Cependant le gouvernement a pu se mouvoir pendant plus d'un siècle sans chocs trop rudes et sans arrêts trop brusques, et les institutions suisses ont généralement donné des résultats satisfaisants. Faut-il en conclure que l'expérience a démontré la justesse et la bonne organisation de ces deux régimes ? Nous croyons plutôt qu'il faut seulement reconnaître que les traditions et l'éducation politiques d'un peuple, jointes à d'heureuses circonstances, peuvent suffire à prévenir les dangers d'institutions mal agencées, à suppléer à leurs défauts et même à leur garantir un succès durable.

"En effet, si la Suisse a pu échapper à la tyrannie d'un pouvoir tout-puissant, c'est grâce à son organisation fédérale qui partage les droits et les fonctions entre des autorités indépendantes, si bien que chacune d'elles n'a à pourvoir qu'à quelques intérêts, c'est grâce à l'éducation plus développée du peuple et à ses traditions plus fortes et plus vivaces que celles d'aucune autre nation. Encore, faut-il rappeler que, là où les gouvernements cantonnaux ont marché d'accord

avec le gouvernement fédéral, les minorités ont vu parfois anéantir leur liberté, méconnaître et violer leurs droits les plus sacrés. Transportez cette organisation dans un Etat unitaire, faites-en la base d'un gouvernement qui a centralisé toute compétence et toute autorité, confiez dans ces conditions le pouvoir aux élus d'un peuple facilement entraîné par son imagination ardente et peu initié par ses traditions à la pratique de la tolérance ; la liberté politique et la liberté individuelle auront vécu dans ce pays.

" Le gouvernement des Etats-Unis n'a généralement pas été arrêté dans sa marche par la séparation et l'indépendance des pouvoirs. Mais les autorités fédérales ne règlent et n'administrent qu'un petit nombre d'affaires, si bien qu'un arrêt dans la machine politique ne laisse en souffrance que de très rares intérêts ; le peuple a de vieilles traditions de liberté et des habitudes de calme et de patience ; les luttes politiques portent sur des questions secondaires auxquelles la grande majorité des citoyens restent absolument étrangers et et pour lesquelles se passionnent seulement les politiciens de profession. Appliquez ce système à un gouvernement centralisateur qui a la sauvegarde de tous les intérêts, qui donne l'impulsion à tout le mécanisme politique et administratif ; le moindre choc entre les autorités rivales portera le trouble dans toutes les relations de la vie sociale. Imposez des pouvoirs indépendants et placés en antagonisme perpétuel à un peuple naturellement impatient, dont les querelles s'attachent aux questions primordiales, mettent en jeu les intérêts les plus chers et agitent ainsi toute la nation ; vous ouvrez une ère de coups d'Etat et de révolutions. Car il faudra de toute nécessité apporter aux crises et aux luttes entre les pouvoirs une solution rapide, et cette solution, la force seule pourra la donner.

" Le gouvernement parlementaire a aussi ses défauts

et ses dangers. C'est un mécanisme aux rouages compliqués et délicats, dont le fonctionnement régulier exige des conditions et des aptitudes toutes spéciales de la part de ceux qui sont appelés à le faire mouvoir.

" Peut-être a-t-il été introduit inconsidérément dans certains pays qui n'y étaient préparés, ni par leurs traditions, ni par leurs mœurs politiques. Mais les peuples qui n'ont pu l'appliquer avec succès ne doivent pas imputer leurs échecs et leurs déboires à l'organisation de leurs institutions ; ils en trouveront presque toujours les véritables causes dans la présence d'une puissante fraction anti-constitutionnelle, dans la dislocation des partis en groupes mobiles et indisciplinés, dans l'absence de traditions de liberté et de tolérance, dans les défauts de leur éducation politique et de leur caractère naturellement impressionable et impatient. Et ces causes entraveront le succès de toute forme de gouvernement représentatif, quelle qu'elle soit.

"Mais comment les pays qui ont fait une expérience malheureuse du régime parlementaire rémédieront-ils à l'instabilité, à l'impuissance, aux lenteurs et aux incohérences de leur gouvernement ? Comment arrêteront-ils les tendances envahissantes des Chambres qui tout à la fois entravent la marche de l'administration et menacent la liberté des citoyens ? Peuvent-ils, par des modifications de détail, améliorer leur organisation actuelle, en redresser certains défauts et en prévenir certains inconvénients ?

" Sans vouloir nier les résultats que peuvent produire des dispositions heureusement combinées, nous croyons que toutes les réformes légales n'auront jamais par elles mêmes qu'une efficacité toute relative. C'est dans les mœurs politiques que gît la cause du mal ; ce sont les mœurs qu'il faut corriger et réformer. Les préceptes de la loi peuvent atténuer quelques abus parti-

culiers, ils ne peuvent faire disparaître les vices qui sont le fruit de mauvaises traditions.

"En matière politique, il faut toujours se souvenir que les faits démentent souvent les théories les mieux établies et les déductions les plus fondées. C'est que les lois sont impuissantes sans les mœurs, c'est que celles-ci suppléent aux défauts de la législation et savent en faire fléchir les dispositions les plus rigides. Ainsi, par exemple, parmi les résultats regrettables qu'a produits le développement des institutions représentatives, l'un des plus étendus a été l'immixion des députés dans les administrations, leur ingérence dans le recrutement du personnel, la pression incessante exercée par eux sur les ministres au profit de tous les intérêts particuliers et au détriment de la justice et de l'intérêt public. A se guider d'après la théorie, on sera amené à croire qu'un régime basé sur la séparation des pouvoirs sera à l'abri de ces abus, tandis qu'un gouvernement où tous les pouvoirs sont confondus ne pourra y échapper. Chacun sera persuadé que des ministres rendus indépendants des Chambres sauront facilement défendre leur droits et leur autorité tandis que des chefs de service, subordonnés dans tous leurs actes aux volontés du Parlement, devront obéir à toutes les sollicitations des députés. Et cependant, les faits ne correspondent pas à ces conclusions. Le *Spoils system* et la *rotations des offices* ont pris naissance aux Etats-Unis et y ont résisté jusqu'à présent aux attaques les plus vigoureuses. Dans aucun autre pays le mal n'a été, ni aussi étendu, ni aussi profond, ni avoué et défendu avec autant de cynisme. Et d'un autre côté, s'il est un Etat qui a échappé à cet envahissement de l'administration par les membres du Parlement, c'est à coup sûr la Suisse, où l'on entend même chez les partis d'opposition, aucune plainte, ni aucun reproche à ce sujet."

" Il ne faut pas oublier non plus que les problèmes politiques sont toujours complexes, et qu'une mesure qui pare a un danger ouvre peut-être la porte à un péril plus grave. Cherchez-vous, par exemple, à renforcer par un article de loi l'autorité du pouvoir exécutif ? C'est une tâche presqu'impossible dans une monarchie et bien délicate dans une république. Ce n'est point résoudre la question que d'attribuer dans un texte constitutionel quelques nouveaux droits au chef de l'Etat. Nous avons pu constater à chaque pas dans notre étude que l'autorité réelle d'un Roi ou d'un Président dépend bien moins de l'étendue de ses pouvoirs formels que de la force et de l'influence qu'il puise dans les traditions historiques, dans sa valeur personnelle et dans sa situation sociale.

" Aussi, ce n'est point de revisions législatives ou constitutionnelles, mais de changements dans les mœurs, qu'il faut attendre une meilleure marche du gouvernement parlementaire, comme de toute autre institution politique. La disparition des oppositions anticonstitutionnelles, la fondation de partis disciplinés dans lesquels les citoyens se groupent pour la défense de leurs principes communs, le développement de l'éducation politique, favorisé par une participation plus généralisée aux affaires publiques, des habitudes de tolérance et de patience amenant chacun à reconnaître et à supporter les droits et la liberté de ses adversaires : telles sont les conditions indispensables à la stabilité et à la marche progressive de tout gouvernement représentatif."

MŒURS LÉGALES DU CHATELET

PARANYMPHES

On appelait ainsi les visites et les discours que faisaient autrefois aux diverses chambres de justice assemblées, à des époques déterminées, les bacheliers de licence du châtelet de Paris réunis en corps, et représentés par l'orateur de la compagnie qui marchait en tête. Elles se renouvelaient de deux ans en deux ans ; la plaisanterie n'était pas bannie de ces discours.

Les bacheliers qui avaient fini leur licence se réunissaient, le dimanche, à l'officialité, d'où ils se rendaient en fourrure chez le chancelier, chez les magistrats et aux diverses chambres de justice, pour les inviter.

Le jour fixé tous les bacheliers devaient être présent et écouter ce qu'on avait à leur dire de flatteur ou de désobligeant et d'y répondre.

Cet usage cessa au XVIIe siècle.

Séance de Septembre 1709.

Le premier jour, un bachelier de la licence, M. Poirier, fut chargé de paranympher ; il commença par M. l'abbé de Saint-Aignan ; on y détailla toutes les splendeurs de la maison de Beauvilliers. L'abbé répondit avec une modestie éloquente. M. Poirier paranympha ensuite d'autres personnes qui lui répondirent. Quelques plaisanteries eurent un grand succès.

Le deuxième jour, M. Dauchel, bachelier de licence, fit les paranymphes ; il dit quelques vérités assez fortes, mais on lui en dit de fortes aussi, et on fit quelques plaisanteries sur sa chevelure qui eurent beaucoup de succès. On donna à la fin des confitures à tout le monde.

Celui qui faisait les paranymphes avait une robe d'écarlate doublée d'hermine, et un bonnet sur la tête. Il parlait couvert, une espèce de mortier à la main et assis sur un trône. Les bacheliers répondaient debouts et découverts.

CHS. DESMAZE.
Le Châtelet.

OBLIGATIONS DE LA FEMME MARIÉE AVEC OU POUR SON MARI.

SOMMAIRE.

I

CONSIDÉRATIONS HISTORIQUES SUR LA FEMME, COMME ÊTRE SOCIAL, AU POINT DE VUE DU DROIT.

La femme quelque soit son état, qu'elle soit fille, femme mariée ou veuve, a toujours été, en droit, soumise à certaines incapacités.

Pourquoi a t-elle ainsi été placée, par la loi humaine, dans une position inférieure à celle de l'homme ?

Cette question a été l'objet de beaucoup de discussions dans le passé, tant au point de vue psychologique qu'à celui de la morale, du droit et de la hiérarchie sociale.

Papon (1) a dit que " c'était un excellent moyen " pour subvenir à la faiblesse, à l'ignorance, à l'in- " expérience et à la légèreté des femmes.

Gaïus (2) était d'opinion que leurs incapacités légales avaient été établies en faveur de leurs pères, de leurs tuteurs, et de leurs maris, et non à cause de leur faiblesse.

Au moyen âge, la femme fut considérée par les publicistes et les juristes comme incapable d'aucune fonction virile, et comme ayant trop de défauts opposés au bon fonctionnement de l'Etat pour être placé au même rang que l'homme. (3) Bodin (4) dit que " la loi a défendu à la femme toutes les charges et offices propres aux hommes, comme de juger, postuler, et autres charges semblables, non pas seulement par faute de prudence comme disait Martian qu'entre toutes les déesses, il n'y avait que Pallas qui n'eut

---

(1) L. III, tit. I, p. 241; Ciceron, *Pro Murena*, 12; Ulpien XI, 1.

(2) I, 144, 190, 192,

(3) Gide, Études sur la femme, p. 521.

(4) De la République, t. VI, ch. 5, p. 735.

oncques mère (pour montrer que la sagesse ne procède point des femmes), mais d'autant que les actions viriles sont contraires au sexe, à la pudeur et à la pudicité féminine."

Les juristes modernes justifient les incapacités civiles et politiques de la femme en la trouvant généralement sans connaissance du droit, sans expérience des affaires et sans aptitudes pour les acquérir.

Une opinion assez accréditée, parmi quelques écrivains de ce siècle, est que les hommes ayant fait les lois, se sont montrés moins favorables aux femmes qu'ils ne l'ont été pour eux-mêmes (1). Mais cette idée est considérée comme fantaisiste.

Quelque soit la raison de cette infériorité sociale de la femme, elle a été admise, plus ou moins, dans toutes les législations.

Chez les peuples anciens, en dehors du judaïsme, la femme était plus une chose qu'une personne, et toute convention avec elle était nulle et de nul effet (2).

Chez les Juifs, la femme fut mieux traitée. Sans jouir des mêmes droits que l'homme, elle fut reconnue comme une personne dans la famille. Fille, elle pouvait hériter de son père ; femme mariée, elle possédait une dot.

Les Grecs tant vantés pour leur art et leur civilisation n'accordèrent aucun droit à la femme. Elle ne pouvait y posséder aucune propriété. Le père ou la famille disposait non seulement de ses biens, mais aussi de sa personne ; ils avaient le droit de la vendre à son mari. Une fois mariée, elle passait, non pas sous l'autorité de son mari, comme d'après nos lois ; pas même sous sa tutelle, comme plus tard dans le droit germanique et dans le droit féodal, mais pure-

(1) Encyclopédie moderne, vo Femme, p. 126.
(2) Principles of Hindu law, p. 105.

ment dans son patrimoine. Il n'y avait pour elle aucun régime nuptial : pas de biens dotaux, ni de paraphernaux ; pas de communauté, encore moins de sépa ration de biens. Le mari était le seul personnage reconnu ; la femme mariée disparaissait aux yeux de la loi.

A Rome, la femme après avoir subi la dure législation des rois et de la république, qui faisait d'elle et de ses enfants la propriété du père de famille, prit, graduellement sous l'empire, un rang plus élevé dans la hiérarchie sociale. Au foyer domestique elle devint l'égal de l'homme. Elle ne lui devenait inférieure qu'en sortant de ce milieu intime pour se mettre en rapport avec la société. Les lois romaines lui reconnaissent des droits civils. Sous le régime dotal, elle apportait à son mari des biens qu'il devait administrer et lui rendre à la dissolution du mariage. Il ne pouvait les aliéner sans son consentement. La femme avait la libre administration et disposition de ses biens paraphernaux. Ce fut la naissance de la femme à la vie civile. Les Romains lui permirent aussi de contracter, mais sous la protection de la loi. Certaines lois d'exceptions furent faites pour la protéger : ainsi la loi *Julia* prohibait l'aliénation des fonds dotaux, sans l'autorisation de la femme, en lui faisant en même temps défense de les hypothéquer. Plus tard, Justinien en défendit absolument l'aliénation. Le sénatus consulte *Velléius* défendait à la femme de s'obliger pour son mari ou pour autrui.

Toutefois la communauté et l'autorisation maritale y étaient inconnues.

Après la chute de l'empire romain, parmi les nations germaniques et sous l'influence du droit féodal, une grande liberté fut accordée à la femme non mariée ; ses droits, même en politique, furent presque égaux à ceux des hommes. Mais par le mariage, elle se soumettait à une tutelle perpétuelle.

Chez les nations latines, les droits civils de la femme furent aussi grands ; toutefois on ne lui reconnut aucun droit politique.

Sous l'influence du christianisme, la femme prit le rang qui lui convenait. Elle ne fut plus asservie, elle ne fut que soumise ; elle ne devint plus la propriété de l'homme, elle fut sa compagne ; elle cessa d'être sa pupille. pour devenir son associée, De là la séparation de biens, le régime dotal, la communauté de biens, et, comme moyen restrictif sous cette nouvelle ère de liberté, l'autorisation maritale.

Enfin, depuis plusieurs siècles, la femme, profitant des idées d'émancipation qui travaillent la société dans le monde entier, marche rapidement à la conquête de l'égalité de tous ses droits à ceux des hommes. Chaque jour, en effet, elle voit diminuer ses incapacités légales et politiques.

II

OBLIGATIONS DE LA FEMME AVEC ET POUR SON MARI

Bien que le sujet de cet écrit ne soit qu'une des incapacités de la femme, savoir, celle de " s'obliger, autrement que comme commune en biens, avec ou pour son mari," les considérations générales ci-dessus étaient nécessaires pour bien comprendre les raisons de la loi qui la proclame, et l'opportunité de la maintenir, de l'amender ou de l'abroger.

L'article 1301 de notre Code civil est dans les termes suivants :

" *La femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari,*
" *qu'en qualité de commune, toute obligation qu'elle con-*
" *tracte ainsi en autre qualité est nulle et sans effet.*"

On donne généralement comme origine à cet article le sénatus-consulte Velléin du droit romain. Il est

donc bien important, dès le commencement de cette étude, de connaître cette loi, d'étudier sa nature et d'en raconter l'histoire jusqu'à nos jours.

C'est ce que nous allons faire.

III

SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIN

§ 1—*Motifs de la loi*

Chez les Romains, comme nous venons de le dire, la femme considérée comme être faible, pouvant facilement être trompée, mettre en danger ses biens et détruire ainsi les espérances légitimes de ses parents, était placée sous la tutelle de la loi.

Sous l'empereur Auguste, défense lui fut faite d'intervenir de quelque manière que ce fut dans les affaires de son mari, de crainte que ce dernier n'abusât de son autorité sur sa femme pour s'enrichir à ses dépens. Il est vrai que ce dernier avait la gestion de ses biens dotaux, mais il restait toujours à la femme, la propriété de ces mêmes biens, ainsi que la libre disposition de ses biens paraphernaux. Le sénat, dont la tendance était de ramener la femme à l'administration de son ménage et à l'éducation de ses enfants, trouva que le danger était encore trop grand pour elle, et restreignit d'avantage ses droits. "Car, disent les " Pandectes de Justinien, (1) conformément à l'usage " reçu, les femmes n'étant point admises à l'exercice " des emplois civils, dont la plupart leur sont interdits " de plein droit, on a dû, à plus forte raison, leur " interdire tout ce qui, sortant des bornes d'un simple " ministère, les exposait à la perte de leurs biens."

Il est vrai que Rome, à cette époque, était livrée au débordement des mœurs : c'était au temps des Livie,

(1) Liv. XVI, tit. I.

des Messaline et des Poppée (1) ; ainsi il est facile de comprendre pourquoi les empereurs romains travaillèrent à limiter leurs droits civils.

Vers le temps de l'empereur Claude, (2) le sénat adopta le sénatus-consulte Velléin du nom de son auteur Velléius-Tutor. Ce sénatus-consulte défendait à la femme de s'obliger pour n'importe qu'elle personne et rendait nulles toutes ses obligations pour autrui. La loi ne distinguait nullement entre la fille, la veuve ou la femme mariée, ce n'était pas son état que la loi avait en vue, c'était sa qualité de femme et la cause de son obligation. Les raisons de cette incapacité c'étaient la faiblesse et la légèreté des femmes, *propter sexûs imbecillitatem.* (3)

§ 2—*Texte du sénatus-consulte Velléin*

Voici comment ce sénatus-consulte est rapporté dans les Pandectes : (4) " Les opinions qu'avaient émises les consuls Marcus, Silanus et Velléius-Tutor, sur les obligations des femmes qui se sont obligées pour autrui, comme aussi ce qu'il fallait observer à cet égard, ont été, par tous les jurisconsultes, réduites à ce qui suit : Pour ce qui concerne les femmes qui se sont portées cautions pour d'autres personnes, ou sont intervenues dans leurs emprunts, à l'effet d'en être garantie ; encore qu'il ait été déjà défendu de leur rien demander et de donner action contre elles, conformément aux dispositions du droit à cet égard, qui, à raison de ce que toutes fonctions civiles leur étaient

(1) Impératrices célèbres par leur beauté, leurs débauches et leurs crimes.

(2) De l'an 41 à 69 après J.-C. –Clande était l'époux de la célèbre Messaline.

(3) Ulp. L. 21, § 1 D., *ad* S. V. *Infirmitas feminarum*, *Loc. cit.*

(4) Liv. XVI, Tit. I.—Pothier, Pandectes, vol. 6, p. 229.

interdites, s'opposait à ce qu'elles fussent soumises à de pareilles obligations ; le sénat a décidé que les juges à qui on s'adresserait pour prononcer en pareils cas, devaient faire observer les dispositions du sénatus-consulte sur cette matière."

" C'est pourquoi nous allons discuter les expressions de ce sénatus-consulte, après avoir loué la sagesse de ses auteurs, qui ont ainsi prêté secours à la faiblesse du sexe dans beaucoup de cas supposés et de pratique."

Le Velléin n'établit pas un droit nouveau, il ne fut que l'expression de la jurisprudence de l'époque. Auguste et Claude avaient déjà défendu aux femmes de se porter cautions pour leurs maris. (1) " L'intercession des femmes, dit Gide, (2) est condamnée comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est pour cela que la prohibition du sénatus-consulte Velléin frappe non pas l'intercession de la femme au profit de son mari, elle était déjà prohibée, mais l'intercession de la femme au profit d'un étranger. C'est pour cela que la prohibition est absolue, qu'elle détruit l'obligation dans son essence et qu'on ne peut l'éluder, ni y renoncer. Telles sont la jurisprudence et la doctrine qui régnaient, non seulement à l'époque où le sénatus-consulte était promulgué, mais deux siècles plus tard et jusqu'au déclin du droit classique."

§ 3. — *Application du sénatus consulte Velléin.*

Le livre seize des Pandectes de Justinien qui se rapporte au sénatus-consulte Velléin est divisé en deux sections.

La *première* indique quand il y a lieu à son application ; la *seconde* traite de l'effet de ce sénatus-consulte. Nous en ferons une courte analyse :

---

(1) Ne feminæ pro viris suis intercederunt. L. 2, D., *Ad senatus* c. Vell.

(2) Études sur la femme, p. 185.

1o Le Velléin s'appliquait à toutes obligations personnelles ou réelles de la femme pour autrui. Il avait lieu soit qu'une femme se chargea d'une obligation déjà contractée qu'elle s'obligeait à payer par novation du débiteur, soit que l'obligation fut conjointe ou qu'elle fut à l'effet de cautionner le débiteur.

2o La femme ne pouvait engager ses biens ni par voie de privilèges, ni par hypothèques, ni par obligations personnelles.

3o L'obligation était nulle quelque fut la nature du contrat. Le droit romain défendait toute intervention de la femme dans ce qui ne la regardait pas personnellement " qu'elle ait eu lieu par des paroles " ou par des choses." (1)

4o Le sénatus-consulte prohibait l'intervention de la femme quelque fut la personne qui recevait la faveur : père, frère, fils, mari, étranger ou créancier, tous étaient au même rang. Il n'y eu exception que plus tard lorsque Justinien établit une différence entre l'époux et les autres personnes. Pour ces derniers, le sénatus-consulte n'avait plus d'effet si la femme, deux ans après la date de l'obligation, la ratifiait ; tandis que pour l'époux aucune ratification n'était admise. (2)

5o Le Velléin avait lieu soit que la femme eût été sincère ou qu'elle eût voulu éluder la loi de connivence avec le créancier. Dans le cas où la femme pour ne pas intervenir elle-même avait chargé une autre personne de le faire à sa place, cette dernière était responsable vis-à-vis le tiers de bonne foi. " Si le créancier, dit Pomponius (3), a ignoré cette fraude et que j'en ai eu connaissance, je dois être privé de

(1) Pand., L. XVI, tit I, n. IV.
(2) Code de Justinien, Liv. IV, tit. XXIV.
(3) Pandectes Liv. XVI ; Pothier, p. 239.

l'action contre la femme, et être tenu envers le créancier."

6° Le sénatus-consulte Velléin ne s'appliquait pas à la femme qui s'obligeait pour sa propre affaire, ou même principalement pour elle-même et non purement comme personne interposée.

7° La femme qui a agit de mauvaise foi ne pouvait prendre avantage de ce sénatus-consulte. Il ne venait pas au secours de la fraude. "Suivant le rescrit d'Antonin le Pieux et de Sévère (1), il peut être invoqué par celles qui ont été trompées, et non par celles qui ont trompé, comme le porte ce même rescrit de Sévère; en effet, si la faiblesse des femmes est susceptible d'indulgence, leur astuce n'en mérite pas."

8° La femme, dans le dernier état du droit romain, pouvait renoncer au sénatus-consulte, mais la renonciation devait être expresse et faite en justice. (2)

9° La femme ne pouvait intervenir pour d'autres personnes, mais elle pouvait payer leurs dettes, ou renoncer à ses droits en leur faveur, bien que sa libéralité diminua son patrimoine.

10° On pouvait invoquer le sénatus-consulte Velléin soit par action ou par exception; et ce droit passait aux héritiers.

11° La femme pouvait, en vertu de cette loi, répéter le gage qu'elle avait donné au créancier de mauvaise foi, avec les fruits de la chose. Elle pouvait même le revendiquer de l'acheteur de bonne foi de ce dernier, "parce qu'autrement la condition de cet acheteur serait meilleure que celle du vendeur." (3)

---

(1) Pandectes, Liv. XVI, p. 265.

(2) Voët sur Digeste *ad Senatus Consultum Velleianum*, n° 9.

(3) Liv. XVI, tit. I, n° XXXIX: L. 175 — *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet.*

12° L'effet du sénatus-consulte était de faire renaître l'obligation du débiteur pour lequel la femme était intervenue, lorsqu'il en avait été libéré, et de le replacer dans la même position où il était avant l'intervention de la femme. Une action à cette fin était accordée au créancier en faveur duquel la femme s'était engagée.

En somme, ce sénatus-consulte ne faisait que défendre à la femme de cautionner pour autrui, mais ne lui défendait pas de s'obliger, d'aliéner et de contracter autrement. "Il faut, dit Gide (1), que la femme s'oblige, non-seulement pour autrui, mais dans l'intérêt d'autrui. Si en s'obligeant pour autrui, elle retire de cet acte quelque profit personnel, si elle a quelqu'arrière pensée intéressée, elle n'intercède pas dans le vrai sens du mot ; car intercéder, c'est gérer l'affaire d'autrui, ce n'est point gérer sa propre affaire. Les juristes formulent d'ordinaire cette maxime en disant que la femme est liée toutes les fois qu'elle a reçu le prix de son intercession. Et quand je dis le prix, je n'entends pas exiger que la valeur reçue par la femme constitue l'équivalent du préjudice qu'elle encourt ; que cette valeur soit considérable ou minime, peu importe, pourvu qu'elle soit la cause de son engagement. Ce qui importe, c'est l'intention de la femme : toutes les fois qu'elle aura voulu faire sa propre affaire, il n'y aura pas intercession, quelque préjudice qu'elle ait pu souffrir."

Ce sénatus-consulte a été confirmé par la Novelle 134 de Justinien, ch. 8, qui est dans les termes suivants : "Nous jugeons à propos, lorsqu'une femme s'oblige pour cause de prêt, de lui prohiber de stipuler en faveur de son mari aucun engagement, soit per-

(1) Gide. Etudes sur la femme, p. 179 ; Vaugeron, t. III, p. 164 ; Demangeat, Oblig. en dr. rom., p. 315 ; Tr. 27, §2, 24 D.

sonnel, soit de sa propre fortune, et nous rendons son obligation nulle, quand même elle l'aurait répétée plusieurs fois ; il sera indifférent que l'engagement soit privé ou public ; on le regardera dans l'un et l'autre cas, comme non écrit, à moins qu'il ne soit clairement prouvé que les sommes prêtées ont été employées à l'utilité de la femme." (1)

L'Authentique, *Si qua mulier* (2), a été tirée du Velléin et de la Novelle 134 de Justinien. En voici le texte :

" Si une femme a donné son consentement à l'obligation d'une dette pour son mari, ou si elle l'a souscrite, ou a obligé ses biens personnels, ou s'est obligée elle-même, nous ordonnons qu'un engagement de cette sorte, soit nul, soit que cette obligation ait été contractée une seule fois, ou qu'elle ait été répétée plusieurs autres ; soit que la dette soit privée ou publique, et qu'elle ne soit censée, ni contractée, ni écrite, à moins qu'il ne soit prouvé évidemment que l'argent de l'emprunt n'ait été épuisé en dépenses pour la propre chose de la femme." (3)

§ 4. — *Modifications apportées par Justinien.*

L'empereur Justinien, dans son travail de réformation des vieilles institutions romaines, affaiblit la rigueur de cette loi contre les personnes autre que l'époux. Il maintint l'obligation de la femme si elle avait une cause juste, ou si elle avait eu une volonté sérieuse de s'obliger. (4) Au lieu d'en faire une nullité absolue, il entoura l'obligation de formalités.

---

(1) Nov. de Justinien, Bérenger, Coll. IX, tit. IV, Nov. 134, ch. 8.

(2) L. IV, tit. XXIV, no 22, *C. ad Senatus C. Velleianum*.

(3) Code de Just., liv. XXIV, tit. XXVI, no 22.

(4) *Pro libertate et pro date*, L. 24, 25, C. J., ht. IV, 29.

C'est ainsi que la femme s'engageait valablement pour autrui, si l'acte était fait par un acte public, avec renonciation expresse. (1) De plus, il maintint l'obligation, si la femme la ratifiait après deux ans. (2)

Mais si la femme ne pouvait cautionner son mari, elle pouvait lui aider autrement. Ainsi, dit Merlin (3) " Le sénatus-consulte Velléien ne peut être d'aucun secours à la femme, soit pour la libérer d'un emprunt qu'elle a fait et dont elle a remis les fonds à un tiers, soit pour faire annuler la vente qu'elle a faite de son propre bien et dont un tiers a reçu le prix de ses mains. Mais il en serait autrement, s'il y avait eu fraude et collusion, c'est à dire, si l'objet direct des parties avait été un emprunt négocié pour le compte du mari sous le cautionnement de sa femme ; que l'un eut imaginé, soit de faire l'emprunt par celle-ci, soit de lui faire vendre son bien et d'en remettre le prix à la femme qu'elle voulait cautionner." .

Sous les empereurs chrétiens, des changements importants furent faits à ce sénatus-consulte. Le christianisme en modifiant le rôle social de la femme lui procura de nouveaux droits civils. Il lui fut permis d'intervenir pour tout autre que son mari. Son incapacité ne tint plus qu'à la dépendance à laquelle elle se soumettait en contractant mariage.

§ 5. — *Le sénatus consulte Velléin au moyen-âge.*

L'invasion des barbares plongea, pour un temps, le droit romain dans l'obscurité. Du huitième au seizième siècle, il se trouve mêlé, surtout dans les pays du Nord de l'Europe, aux usages et aux coutumes des peuples envahisseurs qui confondirent leurs mœurs et

(1) *Novelle*, 134, *ch.* 8.

(2) *L.* 22, *C, ad S. V.*

(3) *Rép. Vo. Sénatus-consulte Velléien*, *p.* 353.

leurs lois avec les nations vaincues. Mais la sagesse des principes de ce droit, sa supériorité sur les règles primitives de justice de ces peuples demi-civilisés, lui valurent une influence considérable. Il devint leur droit commun, quoique souvent défiguré et modifié.

Sous certaines transformations le sénatus-consulte reparut, durant cette période, parmi toutes les nations.

En Allemagne et en Autriche, où règnait le droit germanique, la femme était en tutelle perpétuelle.

L'Italie avait conservé le Velléin dans l'état où il était sous Justinien. Il fut admis dans tous les codes italiens jusqu'à celui de Victor Emmanuel, en 1866.

En Angleterre, la femme était complètement incapable. Tout acte juridique lui était interdit. Une fois mariée, elle disparaissait aux yeux de la loi devant laquelle il n'y avait plus qu'une personne : le mari.

En Espagne. le Velléin était en pleine vigueur. Le code des Sept Parties, fait au XIIIe siècle par Alphonse le Sage, défendit à la femme de se porter caution pour autrui. Plus tard, par la loi de Toro, la prohibition ne s'étendit qu'au mari.

En France, le droit germanique et le droit féodal accordaient à la femme une plus grande somme de droits civils et une large part de droits politiques. Le droit canonique, au contraire, plus conforme au droit romain, renferma la femme dans une sphère plus étroite. Il l'excluait également des charges viriles et de l'exercice du culte. C'est du mélange de ces divers droits qu'est sorti la reconnaissance de la capacité et de la liberté civiles de la femme. Long travail commencé dans les mœurs et qui s'est propagé dans la science du droit jusqu'au Code Napoléon.

Pendant la fusion du droit romain et du droit germanique avec les principes des canonistes, l'on vit

reparaître, vers le douzième siècle, le sénatus-consulte Velléin appliqué au mari, d'abord, dans les pays de droit écrit, d'où il s'est infiltré graduellement dans les coutumes des Provinces du Nord de la France. Il y fut reçu avec d'autant moins de difficulté que plusieurs coutumes contenaient des règles à peu près semblables.

En Normandie, l'épouse ne pouvait ni avantager son mari ni cautionner pour lui. Le sénatus-consulte Velléin y fut reconnu comme un ancien usage. (1)

En Bretagne, au contraire, où, suivant l'adage de l'ancienne coutume " *la femme devait garder l'hôtel, le feu et les enfants,*" elle pouvait s'obliger pour son mari, mais non pour les étrangers : " *Femme ne peut s'obliger pour autres, si ce n'est pour son père et mère, ou pour son seigneur époux ou pour ses enfants.* (2)

§ 6. — *Le sénatus-consulte Velléin depuis le seizième siècle.*

Au seizième siècle, le génie de Dumoulin fit adopter le Velléin partout : " Cette loi, dit Jean Papon (3) a paru si bien inventée, qu'elle a été reçue partout et de toutes nations."

Lorsque la communauté fut admise dans les coutumes, il se présenta cette difficulté que la femme en s'obligeant pour son mari s'obligeait souvent pour la communauté, et en s'obligeant pour la communauté elle s'obligeait pour elle-même et non pour autrui. Il se souleva alors une discussion parmi les juristes sur l'admission du sénatus-consulte dans un cas semblable. Dumoulin fit adopter généralement l'opinion de l'admettre lorsque l'obligation de la femme n'avait tourné ni au profit de la communauté, ni au profit de l'épouse, sauf la bonne foi du créancier, qui ne devait pas souf-

(1) Bouteiller, 97, p. 551.

(2) Très ancienne Cout. de Bretagne, 68, p. 328.

(3) Inst. des Trois Notaires, Liv. III, t. I, p. 241.

frir de la collusion de la femme et du mari ou d'un tiers intéressé. (1)

Néanmoins, comme au temps de Justinien, la femme était admise à renoncer au Velléin. La renonciation devait être expresse et faite devant notaire dans l'acte d'obligation même. (2) Plus tard, cette clause devint de pur style. D'après la jurisprudence admise, les notaires étaient tenus d'informer la femme de son droit de renoncer à cette loi; il devait lui en expliquer la nature et l'informer de ses effets. Cette coutume devint naturellement la source de procès ruineux.

§ 7. — *Abolition du sénatus-consulte Velléin.*

Pour en finir avec toutes les troubles que causait le sénatus-consulte Velléin, la novelle de Justinien et l'Authentique *Si qua mulier*, Henri IV les abolit par l'Édit du mois d'août 1606. "Mais comme souvent, dit Renusson, (3) les notaires, par ignorance ou négligence, ne l'expliquaient point aux femmes qui s'obligeait devant eux, ou n'en faisaient pas mention expresse dans leurs actes, cela ayant donné lieu à plusieurs procès qui s'étaient mus touchant la validité de telles obligations, on a voulu mettre fin à telles difficultés."

Cet Édit de 1606, qui déclara que les femmes pourront s'obliger valablement, et intercéder pour autrui, fut fait à la demande de toutes les provinces de France. Il fut reçu avec joie, bien que l'ancienneté de cette loi lui avait creusé dans les mœurs du peuple de profondes racines. Il fut enrégistré au Parlement de Paris en 1607. Les autres Parlements de France l'enrégistrèrent subséquemment à diverses époques. (4)

(1) Gide, pp. 448, 450.

(2) Gide, p. 31.

(3) Communauté, ch. VI, p. 163, no 31.

(4) Renusson, Communauté, p. 1634, no 31, donne les dates auxquelles les divers Parlements enrégistrèrent cet Édit.

A la fin du siècle dernier, il restait bien peu d'endroits où le Velléin était encore reconnus. On cite l'Auvergne, la Manche, le Poitou, la Normandie et quelques provinces du midi.

Partout ailleurs, en France, depuis l'Édit de 1606, toute femme mariée a pu valablement cautionner pour autrui, même pour son mari, avec l'autorisation de ce dernier ou d'un juge. (1)

Le Code Napoléon a enfin aboli complètement cette incapacité de la femme, en lui reconnaissant le droit de s'obliger pour son mari, mais en l'assimilant dans ce cas à une caution. (2)

§ 8.—*Le sénatus-consulte Velléin dans le droit canadien.*

Tout le droit français, antérieur au mois d'avril 1663, a été introduit au Canada, par Louis XIV, lors de la création du Conseil Souverain de Québec. D'après notre ancien droit, la femme mariée était donc entièrement libre de s'obliger pour autrui, même pour son mari ; aucune entrave, autre que l'autorisation maritale n'était apportée à la jouissance de ses droits civils sous ce rapport. Tel fut notre droit jusqu'au statut du Parlement du Canada de 1841, 4 Victoria, chapitre 30, section 36, communément nommé l' "Ordonnance de l'enregistrement."

Ce statut rétablit le sénatus-consulte Velléin dans nos lois, dans les termes suivants :

" Nulle femme mariée ne pourra se porter caution, " ni encourir de responsabilité en aucune autre qua- " lité que comme commune en biens avec son mari, " pour les dettes, obligations ou engagements con- " tractés par le mari avant leur mariage, ou pendant " la durée du mariage, et tous engagements et obliga-

(1) Bretonnier sur Henry, T. I.

(2) C. n., article 1123.

" tions contractés par une femme mariée, en violation
" de cette disposition, seront absolument nuls et de
" nul effet."

Plus tard, en 1866, cette loi fut refondue dans les Statuts Refondus de la Province de Québec, comme suit :

Chapitre 37, section 55 : " Et qu'il soit de plus
" ordonné et statué, que depuis et après le jour auquel
" cette ordonnance aura force et effet il ne sera pas
" loisible à aucune femme mariée de devenir caution
" ou responsable, ou d'encourir aucune responsabilité
" quelconque, en aucune autre qualité, ou autrement,
" que comme commune en biens avec son mari, pour
" les dettes, engagements ou obligations qui pourront
" avoir été contractés ou faits en aucun temps pendant
" la durée de tout tel mariage ; et tous cautionne-
" ments, contrats ou obligations, faits ou contractés
" par aucune femme mariée après le jour en dernier
" lieu mentionné, en contravention à cette disposi-
" tion, seront absolument nuls et inefficaces à toutes
" fins que de droit quelconques."

Enfin le Code civil a, dans l'article 1301, reproduit les mêmes principes en adoptant une nouvelle rédaction, plus courte, mais moins claire que le statut.

Cet article 1301 a-t-il crée un droit nouveau ?

Evidemment non, ses sources se trouvent dans le sénatus-consulte Velléin, dans la 134e Novelle de Justinien et dans l'Authentique *Si qua mulier.* Il n'est, comme nous l'avons dit, que la reproduction des statuts cités ci-dessus. C'est ce que déclarent formellement les Codificateurs dans leur rapport. L'article 1301, disent-ils, (1) " est substitué à l'article 1431 du Code Napo-
" léon, qui est supprimé entièrement, vû que la règle
" qu'il contient a été changée par notre législation (S.

(1) 5e Rapport, p. 214.

" R. B. C., ch. 37, sect. 55). D'après cette loi, de date " comparativement récente (4 Vict., ch. 30), la femme " ne peut s'obliger pour son mari que comme com- " mune ; toute obligation qu'elle contracte autrement " est nulle."

IV

COMMENT FAUT-IL COMPRENDRE LE MOT " S'OBLIGER " DANS L'ARTICLE 1301 C. C. ?

Une obligation, d'après Pothier (1) et tous les juristes, " est un lien de droit qui nous astreint envers " un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à " ne pas faire quelque chose." Faut-il entendre l'article dans ce sens général ? Non, car ce serait r ndre la femme susceptible d'aucune obligation, d'aucune capacité, même de celle d'acquérir ou d'aliéner, chaque fois qu'elle s'obligerait avec son mari : ce serait l'empêcher d'acheter, de vendre, d'échanger ses biens dans un même acte que lui. Or telle n'est pas l'intention de cette loi.

Dans notre droit, comme dans le droit romain, la femme est capable de faire tous les contrats civils et commerciaux, avec cette exception que parmi nous, il lui faut l'autorisation maritale ou judiciaire. Naturellement si la loi lui permet de contracter, elle doit, comme l'homme, porter la responsabilité de ses actes et être tenue de ses engagements.

Ce qu'il faut comprendre par le mot " s'obliger " de l'article 1301 C. c., c'est le cautionnement de la femme avec ou pour son mari. La loi ne va pas au delà.

Supposons une femme séparée de biens qui possède un immeuble par indivis avec son mari. Tous deux le vendent à un tiers par un seul et même acte avec garantie formelle. La femme s'est bien obligée avec son mari, et solidairement puisqu'il y a indivision.

(1) Obligations, no 1, p. 2.

En cas d'éviction, l'acheteur aura-t-il un recours en garanti autant contre la femme que contre le mari? Il ne saurait y avoir de doute, et la femme ne serait pas reçue à prétendre qu'elle ne doit être traitée que comme commune en biens. Elle se sera légalement obligée à la garantie vis-à-vis de l'acheteur, au moins pour la part dont elle a bénéficiée.

Un autre cas, une femme séparée de biens achète d'un tiers un immeuble dont partie est payée comptant, la balance payable à terme. Le mari intervient à l'acte et se porte caution conjoint et solidaire pour le paiement de ce qui reste dû sur le prix de vente. La femme s'est obligée avec son mari. Le vendeur pourra-t-il à l'échéance réclamer de la femme la balance due? Sans doute. Car la femme s'est obligée pour elle-même comme acheteur, et elle a eu le bénéfice de l'achat.

Ou bien, une femme séparée de biens et son mari font, dans le même acte, un emprunt d'argent qui est réellement employé à améliorer l'immeuble de la femme tel qu'il est déclaré à l'acte. Sera-t-elle tenue de rembourser cet emprunt autrement que comme commune? Il nous semble que la réponse ne peut être douteuse, ayant reçu cette argent et l'ayant employé à son usage, c'est elle et non son mari qui doit le rendre.

Dans tous ces exemples, il faudra, bien entendu, qu'il soit clairement établi par le créancier, si cela ne paraît pas *prima facie* ou est nié, que les transactions ont été faites en faveur de la femme et pour son profit.

Les Codificateurs auraient rendu l'article moins équivoque dans ses termes, en conservant les expressions du statut qui défend " à aucune femme mariée " de devenir caution ou responsable, ou d'encourir " aucune responsabilité " pour les dettes de son mari.

Ces expressions enlèvent tout doute sur l'intention du Parlement lorsqu'il a fait revivre le sénatus-consulte Velléin dans notre législation. Le mot s'obliger ne se trouve ni dans l'Ordonnance 4 Victoria, ni dans les Statuts Refondus de la Province de Québec. Dans ces deux statuts, il est défendu à la femme de se porter caution, autrement que comme commune en biens, pour les dettes de son mari contractées avant ou pendant le mariage. De sorte que les Codificateurs qui ont voulu reproduire la même loi ont dû employer le mot " s'obliger " dans le sens de cautionner pour le mari.

C'est de cette manière que nos tribunaux ont toujours interprété l'Ordonnance 4 Victoria et l'article 1301 du Code civil, comme on pourra le voir dans l'examen de leurs décisions que nous faisons sous les questions suivantes.

V

LA FEMME PEUT-ELLE PAYER LA DETTE DE SON MARI, OU RENONCER A SES DROITS POUR ACQUITTER UNE DETTE DE CE DERNIER ?

Les lois d'exception, les privilèges, les nullités, ainsi que tout ce qui sort des principes généraux du droit commun, du droit naturel ou de la législation, doivent s'interpréter dans un sens strict et ne s'étendre qu'à l'objet déterminé par la loi. Aller au delà serait méconnaître l'intention du législateur, et s'exposer au danger d'errer dans l'arbitraire. Il faut donc, suivant ces principes, dans l'application de l'article 1301 du Code civil, qui est une loi d'exception et de nullité, annuller l'obligation de la femme que dans le cas où elle s'est obligée, c'est-à-dire, a cautionné pour ou avec son mari. En dehors du cautionnement, son contrat est valide ; eut-elle donné, vendu ses biens ou

renoncé à ses privilèges et hypothèques ou autres droits pour acquitter une dette de son mari. (1)

L'on demandera, peut-être, où est la logique de la loi qui défend à la femme de risquer de perdre ses biens dans l'avenir, et qui lui permet de s'en dépouiller dès le présent. Toute illogique que peut paraître cette législation, et elle l'est en effet, ses auteurs ont cherché à la justifier par des motifs plausibles. Puisque la femme peut contracter, disent substantiellement les auteurs des Pandectes, il faut qu'elle le fasse librement, sa volonté doit être dégagée de toute influence. Or le cautionnement est un contrat dangereux. La femme cautionnera son mari ou un tiers avec beaucoup plus de facilité, qu'elle leur vendra et donnera ses biens, ou qu'elle renoncera pour eux à ses droits. Elle s'engagera pour l'avenir avec peu de réflexion, tandis qu'elle hésitera à se déposséder immédiatement, sa faiblesse l'empêchant souvent de craindre un danger encore éloigné. *Facilius se obligat mulier quam alicui donat.* (2)

L'on trouve dans les Pandectes le rescrit suivant d'Antonin-le Pieux : " Le sénatus-consulte à la vérité prête son appui aux femmes qui ont contracté des obligations pour autrui, ou se sont chargées d'obligations étrangères à l'insu de ceux qui contractaient avec elles ; mais si elles ont payé pour d'autres sans s'y être obligées, il n'y a point d'intervention ni de répétition."

" Alexandre dit également : Si, majeure de vingt-cinq ans, vous avez vendu vos propriétés et payé pour votre mari, vous ne pouvez invoquer le secours du sénatus-consulte.

" Par la même raison, " quoiqu'il faille intervenir

(1) Troplong, Hyp., no 596.

(2) *Pand. Liv. XVI, tit. I, art. II,* nos XVIII, XIX.

pour donner un gage, cependant, suivant Julien, si la femme créancière a délivré le gage pour le débiteur, il n'y a point là d'intervention."

" C'est pourquoi les empereurs Philippe disent, dans un rescrit adressé à une femme : " Il est constant en jurisprudence que, même durant le mariage, les droits d'hypothèque et de gage peuvent être remis au mari."

Tel est l'origine de ce principe admis aujourd'hui dans notre droit.

Notre jurisprudence est aussi unanime dans le même sens.

En 1862, dans la cause de *Dame Boudria et vir* v. *McLean*, (1) la Cour d'Appel a jugé que l'Ordonnance 4 Victoria tout en rendant nuls les engagements de la femme pour son mari, ne l'empêche pas néanmoins de renoncer à l'exercice de ses droits hypothécaires pour ses reprises matrimoniales, sur les biens aliénés de son mari. En rendant ce jugement, M. le juge Meredith remarqua : " To me the intention of the Legislature seems as plain as it is reasonable. We all know the dangerous consequences of the contract of suretyship. And a wife when asked to become the surety of her husband is placed in a position of a peculiar difficulty. How can she doubt the honesty of her husband ? And she is only too ready to believe the assurance that when the debt matures, there will be ample means to meet it without troubling her. I have no doubt that there are some, if not many, woman who would have sufficient determination to refuse to alienate their own property and who yet might be induced to become security for the debs of their husband ; indeed I think there are not a few husband who would be glad to extend their credit by the use of the names of

(1) 6 L. C. J. 65.

their wives, and who, yet would not ask their wives to bind themselves or their property in a more direct manner. The object of the Ordinance seems to me to have been to guard married woman against the danger to which I have averted. Having for the public good, deprived married woman and their minor children of certain rights which tended to obstruct the alienation of real estate, (1) the Legislature has deemed just to extend to them a safe guard of a different kind, and one having no tendancy to interfere with the object of the Registry Ordinance. That law has therefore declared in effect that married woman shall not become " security or incur any liabilities otherwise as *commune en biens* for debts or obligations " entered into by their husband ; leaving at the same time the rights and powers of married woman in other respects unimpaired."

M. le juge Smith a également décidé, en 1854, dans *Armstrong* v. *Ralston & Dufresne & al* (2) que la renonciation de la femme à l'exercice de ses droits et reprises, en faveur d'un créancier de son mari, n'est pas un cautionnement et est valide.

La Cour d'Appel, dans *De la Gorgendière* v. *Thibaudeau* (3), en 1871, a maintenu la renonciation d'une femme à son hypothèque, pour ses droits matrimoniaux, sur les immeubles vendus par son mari.

Le même principe a été reconnu par M. le juge Jetté dans la cause de *Hogue* v. *Cousineau et la Société de construction de Montarville* (4) où il maintint que la femme est capable de tous les actes qui ne com-

(1) Le savant juge réfère au droit donné la femme de renoncer à son douaire pour elle et ses enfants, 4 Vict. ch. 30, sect. 35.

(2) 9 L. C. J. 16.

(3) 1 R. C. 478.

(4) 1879, II L. N. 308; 23, L. C. J. 276.

portent de sa part aucune responsabilité, aucune obligation à l'égard d'une dette de son mari. "Ainsi, dit le juge, en rendant son jugement, *elle peut payer* pour son mari, car ce n'est pas là s'obliger pour lui, puisqu'elle ne contracte aucune obligation en ce cas.

" De même *une femme mariée peut renoncer à son hypothèque légale* sur les biens de son mari en faveur *d'un créancier de ce dernier*, en faisant cette renonciation *elle ne s'oblige point*, elle aliène."

Dans la cause de *The Bank of Toronto* v. *Perkins*, (1) M. le juge en chef Dorion, de la Cour d'Appel, exprima la même opinion dans les termes suivants : " I am of opinion that a married woman, separated as to property, could give to a creditor of her husband priority over her claims on his property. This is not a liability which she contracts for the debt of her husband and which is prohibited by article 1301 of the civil Code. There is nothing in the law to prevent her from paying the debts of her husband and from disposing of her property to do so. Here she has merely relinquished a right or preference which she had and this is not prohibited by law."

Dans *Gorrie* v. *O'Gilvie & al*, (2) M. le juge Torrance a jugé qu'un transport de créance fait, par une femme séparée de biens, à un créancier de son mari en paiement d'une dette de ce dernier ne pouvait pas sous l'article 1301 du C. c. être déclaré nul.

En confirmant ce jugement en Cour de Révision, M. le juge Johnson dit (3) : I will now discuss the question of law. It has been very fully discussed in previous cases, with the result now familiar to the profession, that a payment made by the wife is perfectly lawful. Whether we look at the narrow text of the

(1) 1881, I. Q. B. R., 357.
(2) 1881, 4 L. N. 228.
(3) 1882, 5 L. N. 261.

code, or the ordinance, 4 Vict. ch. 30, sec. 36, which it reproduces, or whether we go back to the source of the law (the senatus consulte Villeianum) or look on it, as it prevailed in France, or in parts of France, up to the time of its repeal by Henry IV, in 1606, or finally look the more recent decisions in this country, we find the line of demarcation clear as to what the wife might, and what she might not do. Wherever the rule of the Roman law prevailed, she could renounced: she could pay ; but she could not engage or bind herself. Of course, in this country, she could do much more before the passing of the 4 Vict. ch. 35, for the repeal in France, or in parts of France, of the *senatus consultus Villeianum* by the edict of 1606 left her unrestricted, until the partial reimposition of the Roman law rule by the ordinance of 1841."

Dans *Dame Donnelly* v. *Dame Cooper et vir & The Montreal Loan and Mortgage Co.* (1) il a été décidé que " la renonciation à sa priorité d'hypothèque, consentie par une femme séparée de biens, en faveur d'un créancier de son mari, ne tombe pas sous le coup de la prohibition de l'article 1301 du Code civil."

Enfin cette doctrine a été définitivement fixée par le Conseil Privé, en Angleterre, dans la cause de *Hamel & Parent* (2) où la renonciation d'une femme à son hypothèque légale en faveur de son mari a été maintenue.

Il y a néanmoins quelques jugements dans le sens contraire :

Ainsi, en 1859, M. le juge Smith, dans *Russell* v. *Fournier*, (3) a décidé que la femme ne pouvait renoncer à son hypothèque légale sur les biens de son mari pour acquiter une dette de ce dernier.

(1) 1895, Bélanger J., 8 Rap. Off., C. S., 488.

(2) 1876, L. R., II Appeal Case, 121

(3) 3 L. C. J., 324.

Cette décision, telle qu'elle est rapportée, nous paraît erronée.

Dans *Walker* v. *Crebassa* (1) il a été jugé par la Cour de Révision que la vente, par la femme, de son immeuble propre pour obtenir la remise d'une dette de son mari était nulle. Mais il faut remarquer que dans l'acte de vente il était déclaré que le prix de la vente, avait été payé à la femme, tandis que le défendeur admit, à l'enquête, que de fait il n'avait rien payé à la femme, et que la véritable considération de la vente était la remise qu'il avait faite d'une dette contractée par le mari. La considération exprimée à l'acte étant fausse, la cour a jugé que l'obligation n'avait pas de cause et devait être annulée.

La même chose a été jugée dans *Bélanger et vir v. Brown* (2) où la considération exprimée à l'acte était $400, lorsque la considération réelle était un bail de meubles fait par le tiers au mari. M. le juge Berthelot fit les remarques suivantes en rendant le jugement de la Cour de Révision : " Le défendeur a rapporté dans son *factum* l'opinion qui est donnée comme celle du juge Meredith, lors du jugement dans la cause de *Boudria* v. *McLean*, (3) en appel : *A married woman unquestionably has the power of alienating her own propres to pay the debt of her husband.* Si cette proposition est vraie, en droit, abstractivement parlant, ce ne peut être que lorsque la femme reçoit réellement le prix de son propre et l'emploie librement à payer les dettes de son mari, mais non pas, comme dans ce cas-ci, lorsqu'elle le vend pour faire faire commerce à son mari."

Dans *Ritchie et vir* v. *Klock & Chamberlin esqual*, (4)

---

(1) 1865, 14 R. J. R. 162.
(2) 1870, 14 L. C. J., 213 et 259.
(3) 1862, 6 L. C. J. 65
(4) 1876, 31 L. C. J., 29.

la Cour d'Appel posa le principe que la vente, par la femme mariée de ses immeubles pour payer une dette de son mari, est bonne, lorsqu'elle est faite par celle-ci volontairement et sachant bien ce qu'elle fait, mais qu'il en est autrement lorsqu'elle est l'ouvrage de la fraude et lorsque la femme a été trompée.

Il a été jugé dans la cause de *Buckley* v. *Brunelle* (1) qu'une femme, séparée de biens, qui s'étant portée caution pour une dette de son mari, acquitte son cautionnement, a droit de répéter du créancier ce qu'elle lui a ainsi payé. Le rapport de cette cause donne au long les prétentions des parties ; il est très intéressant tant pour l'argumentation que pour les nombreuses autorités qu'il renferme. M. l'avocat Rainville (2) fait dans son factum une importante distinction : " L'on dira, dit-il, et c'est une objection qui peut paraître sérieuse à première vue. " La loi ne défend à la femme que de cautionner son mari et non pas de payer pour lui." Oui, mais cela n'est vrai que lorsqu'elle paie sans s'être précédemment obligée."

Si la femme paie volontairement la dette de son mari, elle ne pourra répéter ce qu'elle a payé. C'est ce qui, conformément aux vrais principes, a été décidé par M. le juge Lynch, dans la cause de *Foisy dit Lafrenière* v. *Lafleur & La Banque des Marchands.* (3)

VI

LA FEMME PEUT-ELLE S'OBLIGER POUR SON MARI ?

En interprétant le mot " s'obliger " comme nous venons de le faire, c'est-à-dire dans le sens d'inter-

(1) 1873, 21 L. C. J., 133.

(2) Plus tard l'un des juges de la Cour Supérieure, à Montréal

(3) 1891, 21 R. L., 614.

venir, *intercedere*, comme s'exprimaient les Romains, ou simplement cautionner suivant le langage de notre droit, il n'y a aucun doute que la femme ne peut s'obliger pour son mari. L'article 1301 du Code civil le lui défend, comme le lui défendaient le droit romain, la jurisprudence ancienne et moderne et les statuts desquels l'article est tiré.

Lorsque la femme cautionne une dette de son mari, quelque soit la qualité qu'elle prenne, qu'elle le fasse sous n'importe quelle forme, quelque soit la nature de l'acte ou les moyens déguisés employés, l'acte est nul quant à elle, et n'a aucun effet; elle en est tenue que comme commune en biens. Elle peut même répéter ce qu'elle aurait payé en vertu de cette obligation, comme nous l'avons déjà vu.

Il importe peu que la femme qui s'oblige pour son mari contracte seule ou avec son mari, qu'elle soit obligée conjointement ou solidairement avec lui ou non ; du moment qu'il est bien établi que l'obligation qu'elle a assumée a été pour les affaires de son mari, qu'elle n'en a eu aucun bénéfice, cette obligation tombe sous l'article 1301 du Code civil et est absolument nulle.

La femme est toujours admise à plaider, et à prouver par témoins, que l'obligation qu'elle a contractée était pour son mari, et qu'elle en a retiré aucun bénéfice, car dans ce cas, il y a nullité absolue, il y a fraude à la loi.

Ces principes étant parfaitement reconnus et ne souffrant aucune contradiction, nous nous bornerons à rapporter notre jurisprudence sur cette matière :

La Cour d'Appel, dans la cause de *Bertrand* v. *Saindoux & Dame Lavoie* (1) en 1845, a jugé que l'obligation contractée solidairement avec son mari, par une

(1) I R. de L. 333 ; II R. J. R. 45.

femme séparée de biens, est nulle de plein droit quant à elle.

Dans *Mercille* v. *Fournier et vir.*, (1) il a été décidé que dans une action sur obligation, signée par une femme séparée de biens, dans laquelle elle se reconnait personnellement endettée envers le demandeur, elle peut plaider, et prouver par témoins, que c'était pour son mari, et qu'elle n'était que sa caution. M. le juge Smith dit en rendant son jugement: "The defence in this case rests entirely on motion of public policy. The law declares that all contracts entered into by the wife, as surety in any way for the debts of her husband, are absolutely null and void, any contract therefore which she may so attempt to make although disguised under a different name and made to appear as an obligation for an individual debt of her own, is in fraud and violation of the law, and it is competent, in my opinion, for the party pleading such fraud to prove it by parol testimony."

Ce jugement fut confirmé en appel, où M. le juge Aylwin fit les remarques qui suivent: " Cette loi est une loi d'ordre public. Toute tentative d'évader une semblable loi est une fraude et ouvre la porte à la preuve orale pour l'établir, autrement il serait inutile pour le législateur de faire semblable loi, s'il suffisait pour l'éluder que la fraude fut couverte par un acte notarié."

Il a été maintenu dans *Shearer* v. *Compain et ux.* (2) qu'un billet promissoire d'une femme séparée de biens, signé conjointement et solidairement avec son mari pour payer une des dettes de ce dernier, est nul.

Un jugement semblable a été rendu dans la cause de *Chapdelaine et al. esqual.* v. *Vallée et vir.* (3) par la

---

(1) 1859, 4 L. C. J. 9 ; 9 L. C. R. 200 ; 7 R. J. R. 9.

(2) 1860, 5 L. C. J. ; 9 R. J. R. 16.

(3) 1886, M. L. R., III, S. C. 380.

Cour de Révision, confirmant le jugement de M. le juge Gill.

La Cour d'Appel, dans *Little* v. *Diganard* (1) a annulé, comme contraire à l'Ordonnance 4 Vict., une obligation conjointe et solidaire de la femme et du mari pour un prêt dont le produit avait été employé à payer les dettes du mari.

Dans *Byrnes* v. *Trudeau et ux.*, (2) c'était une obligation notariée non solidaire pour prêt d'une somme d'argent que le mari et la femme reconnaissaient avoir reçue du créancier. Le plaidoyer de la femme que cet argent avait été employé uniquement par le mari, pour lui-même, et que partant l'acte était nul quant à elle, fut maintenu.

Dans *La Société de Construction de St Hyacinthe* v. *Brunelle et vir.* (3) l'obligation fut également déclarée nulle comme donnée pour garantir une dette du mari, quoique le prêt fut fait à la femme seule, et que dans l'acte il était déclaré qu'elle empruntait pour elle-même.

La même décision fut rendue dans la cause de *Rhéaume v. Caille et vir* (4) en 1878, bien que la femme eut formellement déclarée dans l'acte que l'argent emprunté était pour elle-même, et que le mari était présent à l'acte simplement pour autoriser sa femme. " It was said, dit M. le juge Johnson dans ses notes, that the defendant had herself represented to the lender that the money was for herself, but that is nothing. It is not an obligation naturelle, but a *fraude à la loi et à l'ordre public.*"

Dans *Rabeau v. Leroux et al*, (5) il a été jugé que

(1) 1861, 12 L. C. R. 178 ; 11 R. J. R. 5.
(2) 1863, 14 L. C. R. 17.
(3) 1870, 1 R. L. 557.
(4) 1 L. N. 340.
(5) 1884, 13 R. L., 378.

l'obligation consentie par une femme commune en biens, conjointement avec son mari, et, par laquelle la femme hypothèque son immeuble propre, est nulle.

Il a été décidé dans *Martin v. Guyot et vir* (1) qu'une femme, séparée de biens et marchande publique, n'a pas le droit d'endosser un billet reçu dans son commerce, et de le transporter, comme snreté collatérale, à un créancier de son mari.

Une femme qui fait un emprunt seule, autorisée de son mari, sera déchargée de son obligation, s'il est prouvé que l'emprunt a été fait pour les affaires du mari et que le prêteur a eu connaissance de l'objet de l'emprunt. Ainsi jugé dans la cause de *Pariseau v. Trudeau.* (2)

L'obligation de la femme donnée à un créancier du mari en paiement d'une dette de ce dernier, et pour l'empêcher d'intervenir dans une action en séparation de biens entre les époux, a été annulée dans *Bilodeau v. Dame Sharples* et la *Banque Union du Bas-Canada.* (3)

D'après *Klock vs. Chamberlain et al*, (4) jugée par la Cour Supérieure en 1888, lorsqu'une vente faite par une femme séparée de biens de son immeuble à un créancier de son mari n'est au fonds qu'un transport en garantie pour les dettes de ce dernier, cette vente doit être déclarée nulle.

L'obligation conjointe et solidaire du mari et de la femme pour une dette de la communauté a été annullée, quant à la femme, par la Cour d'Appel, en 1889, dans la cause de *Dame Fecteau & vir v. Jobidon.* (5) " Considérant, dit le jugement, qu'en vertu de l'article 1301 du C. c., la femme mariée ne peut être tenue des dettes

---

(1) 1885, M. L. R., I S. C. 181.
(2) 1885, 13 R. L. 593.
(3) 1888, 17 R. L. 118.
(4) 11 L. N. 152.
(5) 18 R. L., 95.

qu'elle contracte avec son mari qu'en qualité de commune en biens et que sa présence au contrat n'ajoute rien à obligation que le mari contracte pour la communauté."

Dans *Baxter v. Ross*, (1) la Cour Supérieure a décidé que le créancier qui fait un prêt d'argent au mari d'une femme séparée de biens, qui lui remet un billet de sa femme qu'il signe comme procureur, en vertu d'un mandat suffisant, ne pourra recouvrer de la femme le montant prêté, s'il est établi que cet argent était, à la connaissance du prêteur, pour les affaires du mari.

Il s'agissait dans *Phialcoski v. Dame Gareau*, (2) d'une obligation donnée par une femme mariée pour payer un billet promissoire du mari : l'obligation a été annulée par la Cour de Révision.

En 1891, il a été jugé dans la *Banque Nationale v. Guy et al*, (3) qu'un billet fait par une femme mariée, marchande publique, seule en faveur d'un créancier de son mari était absolument nul.

Le même jugement a été rendu dans la *Banque Nationale v. Dame Ricard* (4) par la Cour d'Appel, renversant le jugement de la Cour Supérieure.

Il y a une décision de la Cour Supérieure rendue en 1863, dans la cause de *Fuchs v. Talbot & Larivière et al* (5) où il a été jugé qu'une obligation consentie par une femme mariée séparée de biens pour une dette de son mari est nulle, mais que lorsqu'il parait à l'acte que la femme contractait pour elle même, la preuve testimoniale ne pouvait être admise pour contredire l'écrit, et établir, qu'au contraire, c'était pour les affaires de son mari.

---

(1) 1890, Mathieu J., 19 R. L., 654.

(2) 34 L. C. J., 200.

(3) Wurtele, J., M. L. R., 7 C. S. 144.

(4) 1892, Rapp. Off., III C. B. R., 161.

(5) Taschereau J., 13 L. C. R. 494 ; 9 R. J. R. 133.

Cette décision est restée isolée. L'on ne saurait, en effet, douter que la preuve testimoniale doit être admise puisqu'il s'agit d'établir une fraude et surtout une fraude à la loi. Dans cette espèce de fraude, la preuve verbale est toujours admise. (1) L'on comprend que les parties intéressées n'ont pu se procurer une preuve écrite, puisque cet écrit aurait eu pour effet de détruire complètement ce qu'ils avaient en vue. Aussi la jurisprudence a-t-elle été unanime, à l'exception de ce dernier jugement, à admettre dans ces sortes d'obligations assumées par la femme mariée, la preuve par témoin sur le fait important et décisif de savoir si la femme s'obligeait pour ses propres affaires ou pour celles de son mari.

VII

LA FEMME PEUT-ELLE S'OBLIGER AVEC SON MARI ?

Lorsque la femme s'oblige avec son mari, elle peut le faire de trois manières : 1o soit en cautionnant pour son mari ; 2o soit en contractant une obligation pour un tiers ; 3o soit enfin en s'obligeant pour ses propres affaires.

L'article 1301 du Code civil défend en termes formels à la femme de s'obliger *pour son mari*. C'est ce que nous avons établi dans la question précédente. L'on ne peut admettre que la loi ait voulu prohiber à la femme de s'obliger avec son mari pour son propre avantage. C'est ce que nous examinerons dans la question suivante. Lors donc que l'article 1301 C. c. dit *avec son mari*, c'est que le législateur avait en vue

(1) Dalloz, Rép. vo. Obligations, no 4947 ; Larombière, art. 1348, no 19 ; Marcadé, art. 1348, no IV ; Demolombe, Contrats, vol. 7, nos 181, 184, 188.

d'autres personnes que le mari, et la prohibition doit s'appliquer aux tiers, c'est-à-dire que la femme ne peut cautionner une tierce personne avec son mari. Pourquoi ? Parceque la femme qui s'oblige pour un tiers avec son mari est présumée s'obliger pour son mari. C'est donc ramener le principe au même point ; c'est toujours la défense de cautionner le mari.

Cette présomption est généralement admise.

Dans leur rapport sur l'article 1301, les Codificateurs disent : " Les engagements qu'elle contracte avec son mari ont été, dans notre article, assimilés à ceux qu'elle contracte directement pour lui, d'après une présomption admise par les tribunaux qui ont justement donné cette extension à la loi." (1)

L'on peut remarquer ici que les Codificateurs citent comme autorité la cause de *Jodoin* v. *Dufresne* (2) dans laquelle la Cour d'Appel, en 1853, a jugé qu'une femme ne peut s'obliger avec son mari pour un tiers que comme commune ; et que, dans l'espèce, un cautionnement par une femme, conjointement avec son mari en faveur d'un tiers devait être annulé, d'après les dispositions de l'Ordonnance de la 4e Vict., ch. 3, sect. 36.

Ce jugement est certainement inattaquable, mais comment la Cour d'Appel a-t-elle pu annuler ce cautionnement, lorsque le statut ne prohibait que celui de la femme pour une dette du mari, et ne parlait aucunement de la responsabilité qu'elle encourait avec son mari pour un tiers ? Si ce n'est que la Cour d'Appel a considéré que cette Ordonnance n'était rien autre chose que le rétablissement du sénatus-consulte Velléin dans nos lois. Or, précisément, ce sénatus-consulte, dans la dernière période du droit romain,

(1) 5e Rapport, p. 214.
(2) 3 L. C. R., 189.

sous Justinien, alors que l'intercession pour autre que le mari était permise, défendait à la femme d'intervenir pour autrui avec son mari, présumant que, dans ce cas, elle le faisait pour ce dernier.

Ce qui établit notre prétention, d'ailleurs guère contestable, que l'Ordonnance 4 Victoria et l'article 1301 de notre Code civil ne sont que la reproduction, en partie, des principes du sénatus-consulte Velléin.

Quoiqu'il en soit des raisons des Codificateurs d'introduire dans l'article 1301 C. c. les mots " avec son mari," tel qu'il est rédigé, cet article crée, hors de tout doute, la présomption que nous lui donnons.

Dans *Leclerc et al* v. *Ouimet et al*, (1) il a été jugé que l'obligation d'une femme mariée, séparée de biens, résultant de l'endossement pour aval, fait conjointement avec son mari, d'un billet promissoire donné pour les affaires d'un tiers, est nulle quant à elle.

Mais cette présomption de la loi est-elle *juris et de jure*, c'est-à-dire lorsqu'une femme cautionne, avec son mari, la dette d'un tiers, la loi présume-t-elle toujours que c'est pour le bénéfice du mari et l'obligation est t-elle toujours nulle, sans qu'aucune preuve contraire puisse être admise ?

Oui, tel est l'effet que la Législature a donné à cet article en prononçant la nullité de l'obligation de la femme. Dans ce cas, la loi est très favorable à la femme, la présomption en sa faveur et contre son mari est *juris et de jure* et n'admet aucune preuve contraire. Le mari qui s'oblige avec sa femme pour un autre doit toujours porter seul le poids de cette responsabilité.

L'article 1240 du Code civil déclare que " nulle preuve n'est admise contre une présomption légale, lorsque, à raison de telle présomption, la loi annule certains actes ou refuse l'action en justice, à moins que

(1) 1890, Mathieu, J., 19 R. L. 78.

la loi n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui est réglé relativement aux serments et à l'aveu judiciaire de la partie." C'est la présomption *juris et de juré* contre laquelle, d'après l'article 1239, aucune preuve ne peut être opposée.

Or l'article 1301 C. c., annule l'obligation de la femme, sans réserver la preuve contraire. Il s'ensuit donc qu'aucune preuve n'est admise contre cette présomption.

Mais lorsque l'obligation de la femme avec son mari, soit pour ou en faveur d'un tiers, est contractée pour l'avantage de la femme, l'acte sera-t-il valide; et la preuve testimoniale sera-t elle admise pour faire la preuve de ce fait ?

Nous répondons affirmativement, à cette proposition et nous allons chercher à l'établir.

VIII

LA FEMME PEUT-ELLE S'OBLIGER, AVEC SON MARI, POUR SES PROPRES AFFAIRES ?

Quoique l'article 1301 du Code civil semble prohiber toute obligation à la femme mariée avec son mari autrement que comme commune, sans distinguer si c'est pour ses propres affaires ou pour celles du mari, néanmoins l'on ne saurait prétendre, sans méconnaître l'esprit de la loi et sans blesser le droit naturel, qu'elle ne puisse le faire pour son propre bénéfice.

Si, comme comme nous l'avons prétendu, le mot "s'obliger" ne s'étend qu'au cautionnement de la femme "avec ou pour son mari," il est bien évident que l'article 1301 C. c. ne peut s'appliquer lorsqu'elle s'oblige pour son avantage. Car, en contractant pour elle-même, la femme ne cautionne pas, puisqu'il est de

l'essence du cautionnement qu'il y ait une obligation étrangère que la caution s'oblige à remplir à défaut du principal, (1) tandis que dans ce cas, elle contracte et s'oblige pour elle-même, comme principal.

Il faut interpréter l'article 1301 C. c. dans le sens du sénatus-consulte Velléin d'où il vient. Or, dans le droit romain, il était unanimement admis que ce sénatus-consulte ne s'appliquait pas lorsque la femme intervenait pour ses propres intérêts. " Il suit aussi, disent les Pandectes, (2) de la définition de l'intervention, que le sénatus-consulte ne concerne pas une femme qui se charge, à la vérité, d'une obligation étrangère, mais de sa propre affaire...

"Ce qui s'accorde avec le rescrit d'Antonin-le-Pieux, où il dit : vous avez inutilement tenté d'invoquer l'exception du sénatus-consulte sur l'intervention des femmes, ayant été vous-même la principale débitrice...

" Nous savons qu'il n'y a pas lieu au sénatus-consulte lorsqu'une femme s'était obligée dans sa propre affaire.

" Que faut-il dire si elle s'est obligée partie dans sa propre affaire, et partie dans celle d'un autre ? Il faut dire qu'elle sera admise à invoquer l'exception, en raison de ce qu'elle se sera obligée ou ne se sera pas obligée dans l'affaire d'un autre ou dans la sienne."

La raison d'être de l'article 1301 C. c., les motifs qui l'on fait naître dans le droit romain, qui l'on propagé dans l'ancien droit, et qui ont inspiré à nos législateurs de le faire reparaître dans nos statuts et dans notre Code civil, se résument tous dans la protection due à la faiblesse de la femme contre l'influence et l'ascendant que son mari peut indûment exercer sur

---

(1) Code civil, article 1929.

(2) Liv. XVI, tit. I, § III, nos XXIV, XXV, XXIX.

elle, au préjudiee de sa fortune. Donc lorsque ce danger n'existe plus, lorsque la femme s'oblige pour elle-même et à son profit, pourquoi la loi interviendrait-elle pour annuler ses actes ? Ce serait porter atteinte à son droit de contracter qui lui est reconnu par la loi.

Bien plus, interdire à la femme le pouvoir de s'obliger pour elle-même, parce qu'elle le fait avec son mari, et annuler les obligations qu'elle contracte ainsi, c'est aller contre le droit naturel. Cela équivaudrait à lui permettre de bénéficier, par exemple, d'un emprunt fait conjointement et solidairement avec son mari pour améliorer son immeuble, tout en condamnant le mari, qui n'a rien reçu, à rembourser ce prêt au prêteur. C'est tout simplement lui fournir l'occasion de s'enrichir au dépens d'autrui.

Que deviendrait, en outre, l'article 1265 du Code civil qui défend aux époux de s'avantager l'un et l'autre pendant le mariage ? Rien ne serait plus facile pour le mari que d'éluder cette loi. Un emprunt conjoint et solidaire serait fait, la femme bénéficierait du montant, le mari paierait le créancier, et le tour sera joué. Et il n'y aurait plus à y revenir, puisque l'article 1301 C. c., lorsqu'il s'applique, crée une présomption contre laquelle il n'y a aucune preuve d'admise.

Non, tel est si peu le sens de cet article que, d'après l'article 1011 du Code civil, même lorsque les femmes mariées sont admises à se faire restituer contre leurs contrats, on peut exiger d'elles le remboursement de ce qui leur a été payé, si elles en ont profité.

D'ailleurs lorsque la femme s'oblige pour elle-même avec son mari, c'est ce dernier qui cautionne sa femme. Pourquoi alors la priver de cet aide ? C'est sur lui que, suivant l'ordre social, elle doit compter

pour la soutenir et lui aider. Et lorsque ce protecteur naturel cherche à lui être utile pour la conservation ou l'amélioration de ses biens, la loi annullerait son obligation à elle pour en faire retomber toute la charge sur lui. Mais alors aucun mari ne voudrait cautionner sa femme. Singulière protection pour la femme! elle ferait mentir la maxime : *Actus legis nemini est damnosus.*

Il faut bien remarquer aussi que le mot " avec son mari " de l'article 1301 C. c. ne signifie pas qu'il faut qu'une femme s'oblige dans le même acte que son mari pour que son obligation soit nulle autrement que comme commune. C'est-à-dire que la loi n'a pas en vue l'écrit, l'acte notarié ou sous seing privé, mais que le mot " avec " se rapporte à l'obligation même. Ainsi la femme peut s'obliger " avec son mari " quoiqu'il y ait deux actes distincts pour l'un et l'autre. D'un autre côté souvent, le fait que leur obligation est constaté dans le même écrit n'est qu'un accident qui annulle pas l'obligation de la femme. Autrement il serait trop facile d'éluder la loi en faisant deux actes séparés.

Supposons deux cas :

Dans le *premier* une femme emprunte une somme d'argent pour améliorer un de ses immeubles. Son mari comparait à l'acte et s'engage conjointement et solidairement au paiement de l'argent emprunté. Les deniers sont réellement employés sur la propriété de la femme. Celle-ci est personnellement responsable, suivant les principes que nous soutenons, tout en s'étant obligée dans le même acte que son mari.

Dans le *second*, le mari garantit le remboursement d'un prêt fait à un tiers. La femme, par un acte notarié distinct fait le lendemain de celui de son mari, se porte caution solidaire avec lui pour le remboursement du même prêt, à la même personne. La femme n'est tenue que comme commune en biens, et son

obligation en une autre qualité est nulle, bien qu'elle se soit obligée par un écrit autre que celui de son mari.

Dans le premier cas, elle s'est obligée pour elle-même, elle n'a pas cautionné son mari ; c'est lui qui était la caution ayant sa femme pour principal. Qu'importe que la convention ait été faite par un même écrit. Pourquoi ce qui serait bon fait séparement dans deux actes, ne le serait-il pas réuni en un seul ? Dans le second, au contraire, elle s'est portée caution pour un tiers solidairement avec son mari, et, par présomption légale, pour lui, ce qui est prohibé. Ce n'est pas l'écrit qui est nul, comme acte il peut être parfait, mais s'est l'obligation qu'il renferme. Que cette obligation soit réunie à celle du mari ou qu'elle en soit isolée, elle n'en est pas moins sans effet vis-à-vis de la femme.

Dans une consultation de Maître M. Mathieu, (1) avocat, publié en 1870, dans la Revue Légale (2) la cause suivante est discutée : " A. M. et C. D., son épouse, reconnurent devoir à G. C., et promirent lui payer conjointement et solidairement, la somme de $400.00, avec intérêt. Ces époux se sont mariés sous le régime de la communauté, mais l'épouse possède, comme propre, un immeuble qu'elle a hypothéqué, par le dit acte d'obligation, pour la sûreté du paiement de la dite somme et des intérêts. Cette obligation est-elle légale, et vaut-elle contre la femme ? "

Le savant jurisconsulte, après avoir cité l'article 1301 du Code civil, l'Ordonnance 4 Vict., et la section 55 du chapitre 37 des Statuts Refondu de la Province de Québec, ainsi que la cause de *Jodoin* v. *Dufresne* (3), pose cette question : " Ainsi lorsque la femme

(1) Maintenant Juge de la Cour Supérieure, à Montréal.

(2) Vol. 2, p. 593.

(3) 2 R. L., 595.

s'oblige avec son mari, il y a donc toujours présomption qu'elle le fait pour les affaires du mari, mais cette présomption est-elle une présomption *juris et de jure*, c'est-à-dire qu'aucune preuve ne peut lui être opposée? En d'autres termes, serait-il, dans ce cas, permis de prouver que la femme qui s'est obligée conjointement avec son mari, l'a fait pour ses propres affaires à elle? Nous répondons, non, vû que notre article 1301 prononce en ce cas la nullité, et que nulle preuve n'est admise contre une présomption légale, lorsqu'à raison de telle présomption la loi annule l'acte, ce qu'elle prononce dans le cas qui nous occupe."

Nous sommes d'accord avec M. Mathieu sur ce point que dans le cas de l'article 1301 C. c., il y a présomption *juris et de jure* et qu'aucune preuve contraire ne peut être admise; par exemple, comme nous l'avons dit ci-dessus, dans le cas d'une femme qui cautionne pour un tiers avec son mari. Mais, malgré la supériorité de sa science légale, nous différons d'avec lui lorsqu'il dit qu'il n'est pas permis de prouver que la femme qui s'est obligée conjointement avec son mari, l'a fait pour ses propres affaires à elle. Car, dans ce cas, l'article 1301 C. c., pas plus que le sénatus-consulte Veliéin, d'où il origine, n'a d'application. La femme n'a pas cautionné son mari ; elle n'a pas cautionné, non plus, un tiers avec lui ; elle ne s'est pas rendu responsable pour personne autre que pour elle-même. Encore une fois c'est le mari qui, dans ce cas, a cautionné sa femme. Pourquoi renverser le but de l'article 1301, qui est de protéger la femme mariée, et d'en faire pour elle une loi nuisible et, dans bien des cas, ruineuse. Que dis-je, la loi couvrirait une immoralité, non seulement comme nous l'avons démontré ci-dessus, en lui fournissant le moyen de s'enrichir au dépens

d'autrui, mais encore en lui permettant de tromper son mari et même des tiers de bonne foi.

La loi n'a pu avoir un pareil objet et ne peut conduire à de pareilles conséquences. *In fictione juris semper æquitas existit.*

La jurisprudence canadienne a toujours admis la preuve testimoniale du fait que l'obligation de la femme avec son mari était pour ses propres affaires, comme elle l'admettait pour établir que le mari seul en avait profité. Nous allons en faire une revue :

Dans la cause de *Shearer* v. *Compain et ux* (1), il s'agissait d'un billet signé conjointement et solidairement par deux époux séparés de biens. Le produit du billet ayant été employé pour le bénéfice du mari, la femme fut relevée de toute obligation, mais en rendant le jugement M. le juge Badgley fit les remarques suivantes : " Le demandeur n'a pas prouvé que Madame Compain, ait retiré quelqu'avantage des ouvrages qui ont été faits au *Cosmopolitan Hotel* et qui forment la considération du billet promissoire."

La cour avait admis la preuve testimoniale, mais elle fut trouvé insuffisante.

Dans *Girouard* v. *Lachapelle* (2), la femme, marchande publique, fut condamnée. M. le Juge Monk, dans ses notes, dit : " .... but the evidence proved that the note was made in the ordinary course of a business in which both husband and wife were jointly interested."

La Cour d'Appel a condamnée, dans *Malhiot v. Brunelle*, (3) une femme qui avait signé une obligation conjointe et solidaire avec son mari, parce qu'il avait été prouvé par témoins qu'elle en avait profité. Nous

(1) 1860, 5 L. C. J., 47 ; 4, R. J. R., 16.
(2) 1863, 7 L. C. J., 289 ; XII R. J. R., 186.
(3) 1870, 15 L. C. J. 197.

citons les paroles de M. le juge Monk : "There is nothing in the law which prevented a wife from borrowing money. The mere circumstances of the husband being jointly and severally bound with the wife did not indicate that there was any illegality in the transaction. The wife cannot become security for her husband except as *commune en biens*, but the husband may be jointly and severally bound with the wife, where it is her debt. So that in point of fact the question came to be whether the money was advanced to the husband or to the wife."

Dans *Martel v. Dame Beaudet et vir*, (1) la femme s'était obligée comme principal, pour un prêt d'argent sur obligation, et son mari s'était porté, conjointement et solidairement, caution pour elle. L'action fut intentée contre les deux. La femme seule contesta prétendant que l'argent emprunté était pour son mari. Après l'audition de plusieurs témoins, la Cour Supérieure, sur la preuve produite maintint ce plaidoyer. Mais en appel ce jugement fut renversé et la femme fut condamnée : "Considérant........., au contraire, "que le dit prêt a été fait de bonne foi par le dit Uldoric "Martel à la dite Dame Marie E. E. Prince, la dite "intimée en cette cause, *et pour son propre usage et* "*bénéfice......*"

Dans *Rabeau v. Leroux et al*, (2) l'obligation conjointe et solidaire du mari et de la femme a été annulée parce qu'il "n'était pas prouvé que de fait la femme "avait employé cette somme (le montant de l'obliga- "tion) à l'amélioration de son propre."

L'obligation personnelle de la femme, autorisée de son mari, a été aussi annulée dans *Parizeau v. Trudeau :* (3) "Considérant......... qu'il n'est pas prouvé que la

(1) 1877, Plamondon, J., 8 R. L., 138.

(2) 1884. Mathieu, J., 13 R. L., 378.

(3) 1885, Mathieu, J., 13 R. L., 593.

" femme défenderesse a eu le bénéfice du dit prêt, mais " qu'au contraire, il résulte de la preuve que le défen- " deur a employé l'argent prêté à ses propres affaires."

M. le juge Johnson, en confirmant le jugement de M. le juge Gill, dans *Chapdelaine v. Vallée* (1) annulant un billet promissoire fait conjointement par le mari et la femme, remarqua : " The wife even in separately agreeing to pay in such cases is presumed to act as the agent of the husband, unless the contrary is proved."

Dans la cause de *La Banque Nationale v. Dame H. Ricard*, (2) M. le juge Loranger, en condamnant une femme mariée à payer son billet promissoire signé par elle, avec l'autorisation de son mari, mais pour le bénéfice de ce dernier, sur le principe que le tiers porteur du billet était de bonne foi, mit dans son jugement le considérant suivant : " Considérant que le fait seul que la défenderesse s'est obligée avec l'autorisation de son mari, ne crée pas une présomption qu'elle ne s'est engagée que pour lui et non autrement ; que la femme séparée de biens pouvant s'obliger pour elle-même et même pour garantir la dette d'autrui, si elle y trouve un avantage, il résulte que le billet qu'elle a signé avec l'autorisation de son mari, au cours ordinaire de ses affaires et ensuite escompté et négocié par des tiers de bonne foi est valable ; autrement il faudrait dire que les banques ou autres institutions financières, ne doivent en aucun cas faire des affaires avec une femme séparée de biens ; que c'est à la femme qui se prévaut de l'article 1301 à prouver le cas d'exception prévu par cet article et la connaissance que possédait celui envers lequel elle s'est

---

(1) 1887, M. L. R. III. S. C., 381.
(2) 1892, C. S. II. Rapp. Off., p. 152.

obligée de cette exception, lorsqu'il a avancé ses deniers."

La Cour d'Appel (1) a renversé ce jugement sur le principe que la nullité de l'article 1301 C. c., étant absolue pouvait être opposée aux tiers de bonne foi, mais cette cour n'a pas jugé en vertu d'aucune présomption, c'est sur la preuve testimoniale que le billet avait été donné pour le bénéfice du mari, qu'elle s'est basée pour renverser le jugement. Les notes de sir A. Lacoste, juge en chef, établisent ce fait.

Enfin la question nous paraît maintenant finalement décidée par la cause de *Jodoin v. La Banque d'Hochelaga.* (2) Madame Jodoin avait donné une procuration à son mari pour gérer sa fortune, avec droit de signer des billets promissoires. Il fit avec la banque d'Hochelaga des affaires considérables, avec les biens de sa femme, mais en son nom personnel. Entr'autres choses il acheta des parts de la banque qu'il paya partie en argent, partie en billets promissoires signés par son fils et endossés par lui d'abord, personnellement, puis comme procureur de son épouse. Ces parts de banque furent subséquemment mises au crédit de la femme par le mari qui déclara n'avoir jamais eu de biens personnels et que tout appartenait à son épouse. Plus tard ces billets portant la signature du mari et de la femme n'ayant pas été payés, la banque confisqua les parts ou actions de Madame Jodoin pour se rembourser. Sur une action des exécuteurs testamentaires de cette dernière, en recouvrement de ces actions de banque, un des points soulevés fut la nullité des billets promissoires comme faits en contravention de l'article 1301 du Code civil.

(1) 1892, II. Rapp. off. C. B. R. p. 161.

(2) 1892, Pagnuelo J., Rap. Off. II, C. S., 27 ; III Rap. Off. C. B. R., p. 36 ; Conseil Privé, H. L. et P. C. vol. 1895, p. 612.

La Cour Supérieure envoya cette prétention dans les termes suivants : " Considérant que la loi, en déclarant nul tout engagement souscrit par la femme avec ou pour son mari, n'a en vue que d'empêcher la femme de se porter caution pour son mari, et non d'empêcher le mari de se porter caution pour sa femme ; et n'entend pas annuler l'engagement de la femme souscrit pour ses propres affaires conjointement avec son mari comme caution, par cela seul que son mari aurait souscrit le même engagement comme caution de sa femme, ce qui serait contraire au droit naturel..."

Ce jugement fut renversé par la Cour d'Appel pour, entr'autres raisons, parceque la preuve faisait voir que c'était le mari qui avait obtenu le produit de l'escompte : " Quoiqu'il en soit, dit Sir Alexandre Lacoste juge en chef, la femme a contracté, vis-à-vis de la banque, une obligation conjointe avec celle de son mari, elle s'est obligée avec lui. Or, aux termes de l'art. 1301 C. c., une femme ne peut s'obliger ainsi que comme commune. A moins que la banque n'ait démontré clairement que l'escompte a été obtenu par la femme pour ses affaires, elle ne peut espérer une condamnation contre la femme." Et les considérants du jugement de la Cour d'Appel répètent ces paroles de M. le juge en chef.

La cause fut portée en Angleterre, devant le Conseil Privé, où le jugement de la Cour d'Appel fut renversé et celui de la Cour Supérieure confirmé. Le Conseil Privé déclara que la femme était responsable, parceque c'était elle qui avait eu le bénéfice des billets qui avaient été escomptés pour ses propres affaires ; et que, pour cela, l'article 1301 du Code civil ne s'appliquait pas.

La preuve de ce fait fut faite par M. Blais, le cais-

sier de la banque, et c'est sur ce témoignage que le Conseil Privé a basé son jugement.

L'on ne saurait donc maintenant nier que la femme peut s'obliger pour ses propres affaires avec son mari, et que le créancier peut prouver, même par témoins et sans commencement de preuve par écrit, que l'obligation que la femme a contractée avec son mari était pour ses propres affaires.

La *Revue de Législation* (1) contient un intéressant article fait par M. Ls R. Lacoste, notaire, en 1847, où l'auteur écrivant sous l'Ordonnance d'enrégistrement, soutient la même thèse que la nôtre. Il cite deux jugements, qui ne paraissent pas avoir été rapportés, rendus par la Cour du Banc de la Reine dans les causes de *Vallée v. Guilbault* et *Hudon v. Dubord* dit *Latourelle et ux*, en 1847, où il aurait été jugé que la femme, séparée de biens, ayant l'administration comme la disposition de ses biens, peut s'obliger avec son mari, sans qu'aucune loi ne s'y oppose, pourvu qu'il ne paraisse pas que la dette pour laquelle la femme s'est obligée soit une dette du mari. M. Lacoste soutient que la femme peut s'obliger indéfiniment pour elle-même ; qu'elle le peut soit seule, soit conjointement et solidairement avec son mari ou avec un tiers : "Une femme, dit-il, qui a emprunté conjointement avec son mari doit être présumée s'être obligée pour lui, à moins qu'il ne soit prouvé qu'elle a agi pour elle-même, c'est à-dire que l'argent a été employé à ses propres affaires."

En résumé la doctrine de l'article 1301 de notre Code civil est que la femme qui cautionne la dette de son mari quelque soit la forme qu'elle adopte, quelque soit la nature du contrat ou la position respective des parties, ne s'oblige que comme commune en biens avec

(1) Vol. III, p. 121.

son mari. Il en est de même lorsque la femme cautionne avec son mari la dette d'un tiers, que ce soit dans le même écrit ou par un écrit séparé, fait à une autre date ou devant un notaire différent.

Telle est toute la portée de l'article 1301 du Code civil.

Mais rien n'empêche la femme, dûment autorisée, de s'obliger pour ses propres affaires de n'importe quelle manière, même conjointement et solidairement avec son mari. Et pour prouver le fait de savoir pour lequel des deux l'obligation a été contractée, la preuve testimoniale doit être admise.

IX

LA NULLITÉ DE L'ARTICLE 1301 C. C. EST-ELLE D'ORDRE PUBLIC, ABSOLUE, ET OPPOSABLE AUX TIERS DE BONNE FOI ? QUI PEUT EN PRENDRE AVANTAGE ?

Cette question a d'autant plus d'importance qu'elle touche aux intérêts matériels les plus chers de la société, savoir : d'un côté, à la liberté du commerce et des transactions, ainsi qu'à la faveur due à la bonne foi des tiers ; de l'autre, à la nécessité de rendre efficace la protection que la loi accorde aux femmes mariées vis-à-vis de leurs maris, comme juste compensation de leur infériorité légale.

L'article 1301 C. c. prononce la nullité des obligations de la femme qui cautionne pour ou avec son mari dans les termes les plus énergiques. La femme, dit-il, *ne peut s'obliger* ; l'obligation, dans ce cas, *est nulle et de nul effet*. Non pas annulable, mais nulle, et comme si elle n'eût jamais existée, puisqu'elle n'a aucun effet.

Que s'ensuit-il ? Cette nullité est-elle d'ordre public ? – Est-elle absolue ou relative ?—Peut-on l'opposer aux tiers de bonne fois ?—Qui peut s'en prévaloir ?

§ 1.—*La nullité de l'article* 1301 *C. c. est-elle d'ordre public ?*

Qu'on nous permette de remarquer ici que les mots " ordre public " sont des termes dont on se sert souvent sans raison. Une nullité est-elle prononcée comme absolue par une loi, que beaucoup, confondant la cause ou la disposition de cette loi avec son objet, la déclare d'ordre public. C'est une erreur. Ainsi, dit Toullier, (1) s'il est vrai de dire que toutes les nullités qui ont l'intérêt public pour cause première sont absolues, il n'est pas vrai de dire que toutes les nullités absolues ont pour cause l'intérêt public."

Pour être d'ordre public, une nullité, dit Perrin, (2) et tous les auteurs, doit avoir " été établie en vue de l'intérêt général de la société."

L'Etat est composé de personnes qui sont elles-mêmes divisées en classes distinctes. La nature, la famille, la fortune, la position sociale, l'état civil de chacune en forment des groupes qui doivent, sous certains rapports, être régis par des lois générales ; et, sous d'autres par des lois spéciales. Ces dernières, elles-mêmes, peuvent se rapporter à la généralité d'une classe de personne, et avoir pour but soit le bien public, ou celui de cette classe en général, ou des individus en particuliers. Ainsi les lois relatives aux bonnes mœurs sont applicables à toute la société. Celles qui règlent l'état et la capacité de la femme mariée ne se rapportent qu'aux femmes sous puissance de maris, tandis que celles qui annulent l'obligation pour des vices de consentement n'intéressent que les personnes qui ont contracté ces obligations.

Dans quel cas maintenant une loi prohibitive, et la

---

(1) Vol. 7, p. 659, no 555.

(2) Traité des nullités, p. 52.

nullité qui en résulte lorsqu'elle est prononcée par la loi, sera-t elle d'ordre public ?

Elle le sera évidemment lorsqu'elle a pour but de favoriser toute la société. Telles sont les lois touchant les bonnes mœurs, les causes illicites, la juridiction des tribunaux et des fonctionnaires publics, le droit public et beaucoup d'autres qu'il est toujours facile de distinguer. Au contraire, elle ne le sera pas, lorsque la nullité aura été établie dans l'intérêt des individus, comme celle qui résulte de l'erreur, de la fraude ou de la violence dans les contrats. Dans ces deux catégories, il n'y a pas de difficultés.

Mais lorsque la loi a en vue de protéger, non toute la société, ni les individus en particulier, mais toute une classe de personnes ; par exemple, les femmes mariées, les mineurs, sera-t-elle d'ordre public ou privé ? D'un côté, l'on peut prétendre, pour prendre le cas de l'article 1301 de notre Code civil, qu'il est indifférent à l'État qu'une femme mariée sacrifie sa fortune à son mari ou qu'elle la perde en favorisant un tiers ou en la gaspillant elle-même, si d'ailleurs son mari l'y autorise. De l'autre, cette loi a pour objet d'établir l'ordre dans les droits civils de l'homme et de la femme mariés lesquels forment la classe la plus importante de la société. Elle touche aussi de près à leurs bonnes mœurs.

La question offre de sérieuses difficultés, car aucune loi ne définit ce qu'est l'ordre public par rapport aux nullités. C'est une lacune dans notre Code, aussi bien que dans le Code Napoléon, que les législateurs devraient combler afin de prévenir l'arbitraire.

Nous croyons avec quelques auteurs que cette nullité est d'ordre public secondaire, c'est-à dire comme dit Dalloz (1) celles " qui s'élèvent au-dessus des intérêts

---

(1) Rép. vo nullités, no 25 ; Solon, no 8 *Contra* : Perrin, Nullités p. 58.

privés qu'elles sont cependant destinées à protéger."

Le même auteur observe au no 7 (loc. cit.) "Au reste le caractère des nullités dépend de celui des lois d'où elles résultent. Ainsi, l'inobservation des lois d'ordre public qui se rattachent que secondairement aux intérêts privés, produit des nullités d'ordre public."

Il est bien vrai que l'article 1301, C. c. a pour objet de protéger la femme mariée seule. Mais pourquoi cette protection ? Ce n'est pas dans le but unique de lui conserver ses biens. Non, c'est avant tout parce qu'il serait contraire à la morale et au bon fonctionnement de l'ordre établi par la loi, que le mari pût se servir de l'autorité que la loi lui accorde sur sa femme pour l'opprimer dans sa fortune et s'enrichir à ses dépens. Voilà l'idée qui domine dans cette loi.

Nos tribunaux ont toujours traité la nullité de l'article 1301 C. c. comme étant d'ordre public.

Dans la cause de *Mercille* v. *Fournier et vir*, (1) M. le juge Aylwin remarqua : "Cette loi est une loi d'ordre public. Toute tentative d'évader une semblable loi est une fraude et ouvre la porte à la preuve orale."

M. le juge Johnson, dans *Rhéaume* v. *Caille et vir* (2), a dit : "It was said that the defendent had herself represented to the lender that the money was for herself ; but that is nothing. It is not an *obligation naturelle*, but a *fraude à la loi et à l'ordre public*."

L'on trouve dans les notes de M. le juge Badgley, dans la cause de *Malhiot* v. *Brunelle et vir* (3) les paroles suivantes : "It was moreover intended to be a law of public policy and has always been so upheld by our jurisprudence for the repression of a social evil."

---

(1) 1859, 4 L. C. J. 51 ; L. C. R. 301 ; 3 R. J. R. 9.

(2) 1878, 1 L. N. 340.

(3) 1870, 15 L. C. J. 197.

Dans la cause de la *Banque Nationale* v. *Guy et al* (1) l'un des considérants de M. le juge Wurtele était : " Considérant que le billet promissoire poursuivi en cette cause a été consenti en contravention aux dispositions de l'article 1301 du Code civil, et en violation d'une loi d'ordre public......"

Dans la cause de *Dame Ricard* et *vir* & *La Banque Nationale* (2), Sir Alexandre Lacoste, juge en chef de la Cour d'Appel, remarqua dans ses notes: " La nullité établie par cet article est d'ordre public," et l'un des considérents du jugement répète la même chose.

§ 2. — *La nullité de l'article* 1301 *C. c. est-elle absolue ?*

Nous n'oserions pas affirmer comme Toullier (loc. cit.) que toute nullité d'ordre public est absolue ; à moins qu'il ne s'agisse de l'ordre public proprement dit, comme, par exemple, ce qui regarde le droit public ou les bonnes mœurs. Mais, dans l'ordre public secondaire, il y a des nullités, dit Dalloz (3) qui ne sont pas absolues. Néanmoins, il n'y a pas de doute, la nullité de l'article 1301 C. c. est radicale. L'obligation de la femme qui cautionne avec ou pour son mari est nulle dans son principe et ne peut produire d'effet. C'est un acte non existant. Ce n'est pas la conséquence du fait que la loi envisage, c'est le fait lui-même. Il suffit donc qu'il soit placé devant le juge pour que celui-ci soit tenu d'en prononcer la nullité. S'agit-il d'une obligation que la femme a cautionné en faveur de son mari ou pour un tiers avec ce dernier ? Peu importe que la transaction n'ait nullement profité ni au mari ni au tiers, l'obligation est radicalement nulle parce qu'elle a été viciée dès son origine.

(1) 1891, M. L. R., 7 C. S., 144.
(2) 1892, III, R. Off. C. B. R. p. 163.
(3) Rép. vo Nullité.

Il faut bien remarquer qu'il ne s'agit pas seulement de la capacité de la femme, comme dans le cas de l'aliénation de son immeuble, quoique, même dans ce cas, la nullité est absolue d'après l'article 183 de notre Code civil et d'après l'ancien droit (1), mais de la cause de l'obligation qui est illicite. Si la femme n'eût pas cautionné son mari, mais eut payé pour lui, l'acte n'aurait pas été nul. C'est donc pour la femme une obligation dont la cause est illégale, suivant les articles 989 et 990 du Code civil. " Il s'ensuit, dit Demolombe (2) que l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne donne pas lieu seulement à une action en nullité, mais qu'elle est de plein droit frappée de nullité."

Cette nullité absolue, bien distincte de la nullité relative qui donne naissance aux actions en rescision, en restitution, en révocation ou en résolution rend l'obligation de la femme sous l'article 1301 du Code civil, tellement nulle qu'elle ne peut être prescrite par aucun laps de temps. (3) C'est la règle Catonienne du droit romain passée en axiôme.

De même cette obligation ne peut produire aucun effet. L'article le déclare formellement comme conséquence de la nullité qu'il prononce. *Quod nullum est, nullum producit effectum.* (4)

Dans la cause de *Phialcoski* v. *Dame Gareau* (5), la Cour de Révision a décidé qu'il n'était pas nécessaire que cette nullité fut demandée dans les conclusions de

(1) Cette nullité n'est maintenant que relative sous le Code Napoléon, art. 225.

(2) I, Contrat, no 381. Voir aussi Marcadé, arts 1133 et 1113, no 459.

(3) *Quod initio vitiorum est, non potest tractu temporis convalescere, Loi 29, ff.*

(4) Adage romain.

(5) 1890, 34 L. C. J., 200.

l'action. Du moment qu'elle était établie, la Cour devait d'elle-même déclarer l'acte nul. En renversant le jugement de la Cour Supérieure, le Juge Johnson, dit : " As to the necessity of asking for the nullity of a contract null in itself, there is no such thing. There is even no natural obligation contracted by the wife in such a case ; it was to use Marcadé's words : *une fraude à la loi et à l'ordre public.*"

§ 3. — *La nullité de l'article* 1301 *C. c. est-elle opposable aux tiers de bonne foi ?*

La nullité de l'article 1301 du Code civil étant absolue, l'obligation de la femme mariée avec ou pour son mari étant radicalement nulle, s'ensuit-il que cette nullité a un effet même contre les tiers de bonne foi ?

Quelqu'excessive que puisse paraître cette doctrine, c'est bien néanmoins la conséquence inévitable des principes que nous venons de poser. La nullité absolue qui détruit l'acte dans sa substance ne laisse rien aux tiers, fussent-ils de bonne foi.

Nous voyons bien les objections. L'on dira, n'est-ce pas détruire la sécurité du commerce ? N'est-ce pas sacrifier tous les membres de la société au bénéfice de la femme mariée ? Ainsi mise dans la balance, la femme, même de mauvaise foi, l'emportera contre la bonne foi d'un tiers. Voici par exemple, une femme qui emprunte une somme d'argent conjointement avec son mari, déclarant en même temps à son créancier que c'est pour l'amélioration de ses immeubles. Lorsque celui-ci se présente, à l'échéance, pour recevoir son remboursement, la femme pourra lui répondre :— "Je vous ai bien dit que c'était pour moi, mais ce n'é-" tait pas vrai, j'empruntais pour mon mari."—Et cette collusion frauduleuse, sous le couvert de la loi,

aura un plein succès. La femme ayant cautionné pour son mari son obligation est nulle. Elle vous aura joué, volé, peut-être, si le mari est insolvable, n'importe, c'est une femme mariée il faut la protéger quand même. C'est monstrueux ! N'est-ce pas pousser trop loin la protection due à la faiblesse de la femme ?

Ces raisons paraissent en effet, bien fondées.

Le droit romain l'avait compris ainsi. Le sénatus-consulte Velléin n'était pas admis contre les tiers de bonne foi, encore moins en faveur des femmes de mauvaise foi. Papinen professait que : " l'exception du sénatus-consulte n'a pas lieu, contre celui qui a prêté de bonne foi à une femme, nonobstant l'emploi qu'elle en a fait dans les affaires de son mari." (1) "On prête, disait Paul, appui et assistance aux femmes lorsqu'elles ont été trompées, et non pour leur donner les moyens de tromper." (2)

Pourtant il faut bien prendre la loi telle qu'elle est et lui donner tous les effets qu'elle doit nécessairement avoir, suivant les règles de la logique et de la doctrine reconnue, quelqu'en soient les conséquences.

Perrin, dans son *Traité des nullités de droit* (3) dit : " La règle est, au contraire, que la bonne foi ne couvre point les nullités des actes. S'il en était autrement, la plupart des lois auraient parlé en vain. Elles auraient inutilement défendu un fait ; inutilement elles auraient prescrit des formes. Les infracteurs invoqueraient presque toujours avec succès leur bonne foi. Car, d'une part, on ne présume pas, en droit, que quelqu'un ait eu l'intention de violer la loi ; et en fait, cette supposition, du moins quand il s'agit de la forme, serait absurde... Il est donc certain que, hors

(1) *Pandectes, Liv.* XVI, tit. I, no XV.
(2) " " " " " XXXI.
(3) P. 402.

les exceptions établies par la loi, la bonne foi ne couvre pas les nullités."

Ainsi, bien que la nullité absolue de l'obligation de la femme mariée, sous notre article, fasse courir un grand danger aux tiers, bien que même elle puisse se prêter à de graves injustices pour favoriser la femme, il n'y a pas à hésiter à en faire l'application. C'est au législateur à y remédier et à faire une exception pour les tiers de bonne foi. Jusque-là, les créanciers devront ou ne pas accepter du tout l'obligation de la femme mariée, ou ne le faire qu'avec prudence et en s'assurant eux-mêmes qu'elle seule en reçoit tout le bénéfice.

" The prohibition of the law, dit M. le juge Badgley, dans *Mailhot* v. *Brunelle et vir.*, (1) is so strong that those who treat with married women must see that their obligations turn to their advantage."

La jurisprudence canadienne s'est un peu divisée sur cette question, mais la majorité des jugements, et ceux de la Cour d'appel, sont en faveur de la nullité absolue même contre les tiers de bonne foi.

Nous avons déjà cité, dans les questions ci-dessous, un grand nombre de causes où il a été admis que cette nullité était d'ordre public et absolue. Ces décisions s'appliquent ici.

Dans *La Banque Nationale* v. *Guy et al.*, (2) M. le juge Wurtele a décidé qu'un billet fait par une femme mariée, séparée de biens, en faveur d'un créancier de son mari et pour une dette de ce dernier, est radicalement nul ; et qu'aucune action ne peut être intentée sur ce billet par une banque qui, de bonne foi, aurait escompté ce billet, avant son échéance, et en ignorant cette cause de nullité. L'un des considérants de son

(1) 15 L. C. J. 197.
(2) 1891 M. L. R., 7 C. S. 144.

jugement est dans les termes suivants : " Considérant que la nullité en question prononcée formellement par la loi est une nullité absolue, et que, malgré la négociabilité apparente du dit billet promissoire, la bonne foi du tiers porteur et son ignorance de la cause de la nullité, ne peuvent rendre le billet promissoire valable entre ses mains envers le faiseur." (1)

La Cour d'Appel, en 1893, renversant le jugement de la Cour Supérieure, dans *Dame Henriette Ricard* v. *La Banque Nationale*, (2) a jugé que " le billet à ordre signé par la femme sans considération et pour le bénéfice de son mari, qui en a eu le produit de l'escompte et l'a employé pour son avantage personnel, est nul ; et que cette nullité étant absolue et d'ordre public, peut être invoquée contre le tiers porteur de ce billet pour valable considération." Sir Alexandre Lacoste, juge en chef, remarqua en rendant le jugement de la cour : " La nullité établie par cet article (1301 C. c.) est d'ordre public et peut-être invoquée contre les tiers de bonne foi......

" Les tiers qui contractent avec des femme sous puissance de mari doivent être sur leur garde.

" Si la femme ne pouvait pas invoquer l'article 1301 à l'encontre des tiers de bonne foi, il serait très facile d'éluder les conséquences de la loi et la nullité prononcée ne serait que relative, contrairement au désir du législateur qui a voulu qu'elle fut absolue." Et les considérants du jugement de la Cour sont dans les mêmes termes.

Il y a néanmoins des décisions qui sont dans le sens contraire.

Dans *Phialcoski* v. *Dame Gareau*, (3) la Cour de

(1) Parsons, vol. I, p. 275 ; Daniel, vol. I, sects 801, 807.

(2) 3 Rapp. Off., C. B. R. p. 161.

(3) 1890, 34, L. C. J., 200.

Révision a annulé l'obligation de la femme, mais en rendant le jugement, M. le juge en chef Johnson fit les remarques suivantes: "Of course, if the plaintiff had been ignorant of this, the case would be different, for the law does not say that the wife may not bind herself, but, only that the wife may not bind herself for her husband's debt, and the lender cannot be bound to enquire the use or destination of the money he lends. She can borrow as much as she likes, and do what she likes with the money, and pay her husband's debt, if she please, without destroying the lender's right to recover from her, as long as she only applies it or misapplied it without the lender being party to its destination or use."

Dans la cause de *La Banque Nationale* v. *Dame H. Ricard*, (1) M. le juge Loranger avait décidé que pour pouvoir prendre avantage de la nullité de l'article 1301 C. c., la femme mariée devait prouver que le créancier de son obligation était de mauvaise foi ; c'est-à-dire, savait qu'elle s'était obligé pour son mari. Mais, comme nous l'avons vu ci-dessus, ce jugement fut infirmé par la Cour d'Appel.

En 1893, dans *Kearney* v. *Dame Clara Gervais et vir*, (2) M. le juge Davidson, après avoir fait une revue de la jurisprudence sur la question, (le jugement de la Cour d'Appel dans la cause de *Dame H. Ricard* v. *La Banqne Nationale* n'était pas encore alors rendu), décida dans le même sens que M. le juge Loranger. Le considérant de droit du jugement est dans ces termes : "Considering that a married woman, to profit by C. c. 1301, should prove that the holder of the bill knew at the moment of its delivery to him

---

(1) 1892, II Rapp. Off., C.S., p. 152.
(2) III Rapp. Off., C.S., p. 496.

for value, that she was only obliging herself for her husband, which defendant hath failed to do..."

La Cour de Révision, dans la cause de *La Banque d'Hochelaga* v. *Dame Valotte*, (1) a jugé que cette nullité radicale de l'article 1301 C. c. ne pouvait être opposée à un tiers porteur de bonne foi d'un billet promissoire, avant échéance, pour valable considération.

Cette dernière décision a été critiquée par M. S. Pagnuelo, avocat, (2) dans un article remarquable qui a paru dans la *Themis* (3) où il traite des nullités qu'on peut oposer au tiers porteur de bonne foi d'un billet promissoire. L'auteur se prononce pour la nullité absolue, opposable au porteur de bonne foi, d'un billet signé par une femme mariée pour les affaires de son mari.

Cette division, dans l'opinion des cours de justice, est une indication que la question offre de sérieuses difficultés, au moins au point de vue de l'équité. La Cour d'Appel a maintenant fixé la jurisprudence dans le sens de la nullité absolue opposable aux tiers. Il reste au Parlement à peser les inconvénients que cette loi fait naître et à y porter remède.

§ 4.—*Qui peut prendre avantage de cette nullité?*

D'après l'opinion des juristes, la nullité absolue peut être invoquée par toute personne qui a intérêt à le faire. (4) Le sort d'un acte nul *ab initio* est de ne produire aucun effet, et d'être considéré par toute personne comme n'ayant jamais existé.

Il est bien vrai que l'article 1301 C. c., n'a été fait

(1) 1880, Thémis, Vol. II, p. 235.

(2) Maintenant juge de la Cour Supérieure, à Montréal.

(3) Vol. II, p. 249.

(4) Point de nullité sans griefs. *Axiome de droit.*

qu'en faveur de la femme, que le législateur n'a pas voulu autre chose que le maintien de l'ordre dans les familles, en protégeant la femme contre les obsessions de son mari, comme elle protège le mineur contre l'inexpérience de son âge et les fraudes de son tuteur. Il est également vrai que rien dans la violation de l'article ne touche aux principes fondamentaux de la société, ni aux règles qui intéressent généralement tous les membres qui la composent, ni aux bonnes mœurs.

Mais malgré ces raisons, probablement pour rendre sa prohibition plus efficace, pour empêcher qu'elle soit éludée facilement, le législateur en a fait une nullité radicale, sans exception pour aucune personne. Lorsqu'il s'agit des nullités des contrats produites par l'erreur, la fraude, la crainte, la violence, l'article 1000 C. c. déclare formellement que se sont pas des causes de nullités absolues, mais pour la femme s'obligeant pour son mari, comme pour la femme contractant sans l'autorisation de son mari, lorsqu'elle est requise, il y a nullité absolue que rien ne peut couvrir et dont peuvent se prévaloir tous ceux qui ont intérêt à le faire. L'article 1301 C. c., le déclare en termes formels : l'obligation est nulle et de nul effet, ce qui équivaut à dire, qu'elle n'existe pas, c'est le néant. Si cet acte pouvait être opposé à quelqu'un il existerait; il aurait donc un effet quelconque, contrairement aux termes même de la loi. " L'action en nullité, dit Laurent (1) diffère encore, sous un autre rapport, de l'action qui naît d'un contrat inexistant. Quant un contrat est nul, la nullité ne peut être demandée que par celle des parties contractantes dans l'intérêt de laquelle la loi prononce la nullité, à moins que la nullité ne soit d'ordre public dans ce cas, toute personne intéressée peut s'en préva-

(1) Vol. 15, no 460 ; vol. I, no 72.

loir. Cette distinction n'est pas applicable aux contrats inexistants : toute personne, à qui l'on oppose un acte qui n'existe pas, peut répondre qu'il n'y a point de contrat. C'est une conséquence logique du principe qu'un contrat inexistant ne peut avoir aucun effet. Nous avons dejà dit que cette conséquence était admise dans l'ancien droit."

Nous avons vu plus haut que l'obligation de la femme pour son mari est une obligatiou sans cause ou qui a une cause illégale. Or ces obligations sont d'une nullité qui peut être invoquée par toute personne ayant un intérêt à le faire. C'est ce que soutient Demolombe : (1) " Il s'ensuit, dit il, que l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne donne pas lieu seulement à une action en nullité, mais qu'elle est de plein droit frappée de nullité.

" Nullité, d'où résultent trois conséquences directement opposées à celles que nous avons déduites de la simple *annulabilité*, à savoir : 1o qu'elle est proposable par toute personne intéressée ; non seulement donc par l'une des parties, mais également par les parties......"

Guyot, dans son répertoire, (2) dit : " La nullité absolue ou radicale peut être alléguée par toutes sortes de personnes........., sans qu'on puisse leur opposer qu'elles se prévalent du droit d'un tiers ; et le juge peut y prendre égard d'office, quand personne ne la proposerait."

---

(1) Contrat, no 381, p. 366.

(2) Vo Nullité, § II, pp. 249, 250. Voir aussi dans le même sens : D'Argentré, art. 283, p. 1230 : Bouhier ch. XIX, nos 12, 13 ; Dunod, Prescrip. pt. I, ch. VIII, p. 47 ; Froland, Velléin, pp. 384 et suiv. ; Rolland de Villargues, vo Nullité, no 47 ; I Solon, Nullité, nos 441, 442.

Il y a néanmoins une décision contraire. La Cour de Révision, dans *Wormington et al. vs Lapierre*, (1) renversa le jugement de la Cour Supérieure pour entr'autres raisons : " Considérant que le demandeur excipe du droit d'autrui en plaidant que la dite Dame M. P. G. ne pouvait pas s'obliger pour son mari ; que l'exception tirée de l'article 1301 du Code civil ne peut être invoquée que par la femme elle-même et ses créanciers, lorsque l'obligation qu'elle a contractée leur porte préjudice........."

Ce jugement rendu par la Cour de Révision, à peu près dans le même temps que ceux dans la *Banque Nationale v. Dame Ricard*, et dans *Kearney v. Dame Gervais*, mentionnés ci-dessus, où il avait été jugé que la nullité de l'article 1301 C. c. n'était que relative et ne pouvait être opposée aux tiers de bonne foi, est conforme à ces deux dernières décisions. La nullité relative ne peut, en effet, être invoquée que par ceux en faveur desquels elle est prononcée. La Cour de Révision était donc d'accord avec la jurisprudence de la Cour Supérieure. Mais la Cour d'Appel a depuis jugé que cette nullité est absolue et d'ordre public, c'est ce que nous avons établi ci-dessus, la conséquence logique et conforme à cette doctrine est donc maintenant que cette nullité peut être invoquée par tous ceux qui ont un intérêt actuel à s'en prévaloir.

X

CONCLUSION.

Nous venons d'étudier une loi qui a passé à travers les âges par les plus grandes vicissitudes. Bien que tirée d'un principe d'ordre public, elle n'a pu se maintenir intacte à cause des grands intérêts qu'elle

(1) 1892, Loranger, Ouimet, Doherty JJ., I. Rapp. Off., C. S., 69.

froisse. Il en est de la législation comme des individus, il faut qu'elle suive la marche des mœurs, des idées et des désirs du peuple.

Ainsi le sénatus-consulte Velléin fut regardé comme une loi sage chez les Romains. Néanmoins il disparut, sinon entièrement du moins en grande partie, après la mort de l'empereur Justinien ; puis, au seizième siècle, il reparut de nouveau dans tous l'Europe, mais avec un cortège de modifications et de renonciations qui le rendait méconnaissable. Un siècle plus tard, Henri IV l'abolit, parce qu'il était devenu une source de discorde pour les familles.

Pourquoi ces changements ?

C'est que des idées nouvelles s'étaient fait jour. La femme réclamait une plus grande liberté. Elle trouva des champions qui lui aidèrent à briser ses entraves, et après des années de luttes, elle est devenue en état de traiter ses affaires sur un pied de presqu'égalité avec l'homme.

Cette émancipation des droits civils de la femme s'est graduellement produite dans l'Europe et dans l'Amérique à la fin du dernier siècle et au commencement du nôtre.

En France, le Code Napoléon a affranchi la femme de toute incapacité. Elle peut jouir, avec l'autorisation de son mari, de la plénitude de la vie civile.

En Angleterre, au moyen des *Trusts*, la femme a conquit tous ses droits civils, et est devenu la plus libre, après avoir été la plus incapable.

En Allemagne, tout contrat d'une nature quelconque fait par une femme mariée, dûment assistée, soit en faveur de son mari ou de toute autre personne est valide. (1)

---

(1) Ord. Bade, 1789.

D'après le Code Prussien, (1) pour que l'obligation de la femme soit légale, il suffit d'une notification judiciaire. En pratique, lorsque l'on veut que la femme mariée s'oblige pour son mari, on lui donne l'assistance d'un homme de loi qui la fait autorisée en justice.

En Autriche, " toute personne ayant la libre admi-" nistration de ses biens, peut, sans distinction de " sexe, s'obliger pour la dette d'autrui." (2)

En Italie, le Code Victor Emmanuel de 1866 a fait disparaître les incapacités de la femme et lui a rendu sa liberté civile. Lorsqu'il y a opposition d'intérêt ou que la femme veut cautionner pour son mari, elle doit obtenir l'autorisation du tribunal.

En Espagne, le projet de loi du Code civil de 1851 avait fait disparaître le sénatus-consulte Velléin ; et, aujourd'hui les jurisconsultes demandent pour la femme les mêmes droits civils que ceux de l'homme.

Aux Etats-Unis, la femme jouit de la même capacité civile que l'homme, et peut s'obliger envers et pour n'importe quelle personne.

Enfin le sénatus-consulte Velléin a été rejeté de toutes les législations comme n'étant plus d'accord avec les progrès de la science du droit, et avec les mœurs égalitaires de nos jours.

Les nations protestèrent contre cette loi : d'abord en l'abolisant de fait, par le système des renonciations ; puis, de droit, en la rayant complètement de leurs codes. Elle a eu le sort de toutes les lois d'exceptions, de toutes celles qui ont établi des inégalités dans les droits civils des citoyens.

Pourquoi nos législateurs, au lieu de suivre le courant de la législation universelle, l'ont-ils remonté en

(1) II, 1 §§ 342-49.

(2) Cod. § 1349.

faisant renaître parmi nous le sénatus-consulte Velléin par l'article 1301 de notre Code civil ? Nous n'en voyons pas la raison. Mais aujourd'hui, il est facile de constater, seulement en étudiant notre jurisprudence, que cette loi a des inconvénients si grands que le Parlement devrait la faire disparaître.

Nous l'avons vu dans le cours de cet écrit, cette loi cache souvent les plus grandes injustices, et elle fournit à la femme l'occasion de commettre la fraude au bénéfice de son mari. Elle est dangereuse et préjudiciable à la femme même qu'elle a pour objet de protéger, car, elle rend suspects tous les contrats où elle assume une obligation, et elle crée un malaise et un danger réel dans toutes ces sortes de transactions avec la femme mariée. Est-il juste que la femme qui a reçu des deniers d'un créancier de bonne foi sur son affirmation que c'était pour elle-même, soit relevée par la loi de payer sa dette, parce que l'argent a été employé aux affaires du mari, qui est peut-être depuis devenu insolvable, s'il ne l'était déjà ? C'est, dit-on, parce que la femme a pu avoir été trompée. " Système fort logique, dit un auteur (1) et fort moral à la vérité, qui, de crainte que le créancier ait pu parfois tromper sa débitrice, autorise la débitrice a toujours tromper son créancier." Et quant à la protection due à la faiblesse de la femme, du moment qu'elle est poussée jusque là, nous aurions peut-être raison de demander plaisamment comme un jurisconsulte allemand : (2) " Quel était celui des deux sexes que le législateur romain aurait mieux fait de protéger, et si les femmes ne trompent pas les hommes bien plus souvent qu'elles ne se laissent tromper par eux."

Nous avons déjà vu à la page 342 ci-dessus, que l'ar-

---

(1) Gide p. 519.

(2) Thomasius, *Usu exiguo usu* Sct. Vell., Dist. 78; Gide, p. 302.

ticle 1301 C. c. était illogique en ce qu'il défend à la femme de courir aucun risque de perdre sa fortune dans l'avenir, mais lui permet de se ruiner dès l'instant même en faveur de son mari. Nous verrons maintenant qu'elle est impraticable pour la femme séparée de biens qui s'oblige pour son mari. En effet, d'après cet article, elle ne sera tenue de son obligation que comme commune en biens. Mais puisqu'elle est séparée de biens, il n'y a entre elle et son mari aucune société. Comment donc pourra-t-elle être obligée vis-à-vis d'un tiers comme commune ? N'importe, la loi les condamne malgré eux à une communauté. Alors comme cela est impossible, la conséquence est que le mari sera condamné seul. Ainsi pour la femme en communauté, elle pourra, un jour, si elle accepte la communauté, être appelée à payer, comme commune, la moitié de l'obligation. Pour celle qui est séparée de biens, elle sera, dans tous les cas, toujours déchargée de cette dette. Voilà une distinction entre les femmes mariées que la loi n'a pas prévue, et qui pourtant existe de fait sous l'opération de notre article.

Il est bien évident alors, que pour le cas de la séparation de biens, l'article 1301 C. c. est impraticable. C'est une loi mal rédigée. Les Codificateurs ont ressuscité une vieille loi romaine, sans l'adapter à notre système de conventions matrimoniales qui est bien différent de celui des Romains.

Cette loi il faudrait donc l'abroger.

Nous ne sommes pas partisan de l'émancipation de la femme sous tous rapports. En droit public, ses aspirations doivent être limitées. Elle ne peut convenablement, suivant les lois de la nature, de la famille et d'une société bien organisée, remplir les charges politiques. Mais en droit civil, en dehors de l'autorisation maritale et de certaines fonctions publiques qui pourraient intervenir défavorablement avec les devoirs

de son état, elle devrait avoir toute la liberté de l'homme.

Ce n'est pas à dire que même alors la loi ne lui devra aucune protection. Non, sa faiblesse sera toujours digne d'intérêt. Il est juste que la loi la protège, surtout dans les obligations qu'elle assume avec ou pour son mari. Les abus doivent être réformés et prévenus partout; plus particulièrement, lorsqu'ils viennent ou peuvent venir de personnes auxquelles la loi reconnaît et concède des droits aussi grands que ceux du mari sur sa femme. La puissance maritale, comme toutes les autorités humaines, a besoin de freins. Mais plus la femme aura de liberté civile, moins elle aura besoin de protection légale, pouvant alors, dans une certaine limite, se protéger elle-même. La protection outrée, comme celle de l'article 1301 de notre Code civil, est née d'une grande incapacité de la femme. L'une fut la compensation de l'autre.

L'article 1431 du Code Napoléon est plus logique, plus juste et plus d'accord avec le droit moderne que notre article 1301 : "La femme, dit-il, qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari n'est réputée, à l'égard de celui-ci s'être obligée que comme caution ; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée."

Troplong proclame cette loi comme un triomphe sur une institution surannée : "En cela, dit cet auteur, (1) le Code civil a agi avec sagesse et maturité ; il répugne qu'une femme majeure ait moins de liberté que les autres majeurs, il n'est pas raisonnable de faire du cautionnement un acte à part ; plus difficile à comprendre et d'un plus dangereux usage que tant d'autres par lesquels une femme pourrait consommer sa ruine, si la prudence que l'âge fait supposer en elle aussi

(1) Cautionnement, no 186, p. 167

bien que dans l'homme majeur ne la dirigeait pas."

Qu'on nous rende donc notre ancien droit tel qu'il était immédiatement avant l'Ordonnance de la 4e Victoria (1841), en y ajoutant l'article 1431 du Code Napoléon, et même, si on le juge nécessaire, une autorisation judiciaire du cautionnement de la femme pour son mari.

Mais, au moins, si le Parlement ne veut pas aller jusque là, il devrait dans l'intérêt de la société, du commerce, de la justice, de la morale et de la femme même, protéger la bonne foi des tiers. Il n'y aurait pour cela qu'à ajouter à l'article 1301 du Code civil, ces mots : "*excepté quand aux tiers de bonne foi.*"

J. J. BEAUCHAMP.

Ancien avocat : En France, ce nom se donne à l'avocat qui, depuis dix ans au moins, est inscrit au tableau et qui a le droit de signer une requête civile.—*C. P. art.* 495. *J. P. Disd. v.*

Dans l'ancien droit, les anciens avocats seuls avaient le droit de porter la robe rouge et de siéger avec le parlement.

Dans notre province, certaines prérogatives appartiennent aux avocats ayant dix années de pratique : par exemple, ils peuvent seuls être nommés juges et conseils de la Reine. Ils doivent aussi être considérés comme *ancien* avocat ; et à ce titre, ils ont droit au respect et à la considération des plus jeunes.

LES ÉPOUX SÉPARÉS DE BIENS PEUVENT-ILS ÊTRE TÉMOINS L'UN POUR L'AUTRE EN MATIÈRES COMMERCIALES?

Les jurisconsultes considèrent les lois d'un pays comme un corps de doctrine, *Corpus juris*. Même quand elles ne sont pas réunies dans un seul volume, même quand elles ne sont pas toutes écrites, ils les considèrent comme une unité. Elles émanent en effet d'une même source : l'autorité. Les législateurs meurent, les lois dont ils sont les auteurs leur survivent, l'autorité dont elles émanent ne meure pas. C'est parceque cette volonté immortelle poursuit un seul but, continue une seule pensée, que ses lois doivent s'interprêter les unes par les autres.

De même que chaque partie d'un corps doit être étudiée, non-seulement dans sa nature intrinsèque, mais dans ses relations avec les autres, ainsi ils s'abusent ceux qui cherchent à comprendre une loi sans la rapprocher de celles qui concernent la même matière.

Cette unité de volonté chez le législateur nous explique également pourquoi l'amendement d'une loi peut influer sur une autre.

Ainsi, dans un article précédent, nous avons signalé à nos lecteurs une question nouvelle que la loi de 1890 [1] a fait naître en amendant l'article 1232 du code civil : nous constatons maintenant que par cette loi le législateur a également rouvert la porte à une controverse que la jurisprudence venait à peine de terminer.

Disons tout de suite que nous approuvons cette loi qui permet aux parties d'être entendues en matières

[1] 54 Vict., ch. 45.

commerciales et nous nous joignons à M. Langelier quand il exprime le regret que cette preuve soit prohibée en matière civile. [1]

§ I

L'ancien droit professait des idées fausses sur cette matière.

Il ne traitait pas le témoignage comme un devoir, mais comme un droit. Sous prétexte de punir un individu en le privant de témoigner on frappait celui qui avait besoin de son témoignage. Pour faire une égratignure au coupable, suivant l'expression de Bentham, on passait une épée au travers du corps d'un innocent.

Les jurisconsultes de cette époque paraissent avoir confondu le témoin judiciaire avec le témoin instrumentaire. Nul doute que les plaideurs doivent être tenus de choisir le dernier, tandis que le premier leur est imposé par les circonstances. C'est en quelque sorte un témoin nécessaire.

C'est à Bentham que revient la gloire d'avoir démontré que puisque la découverte de la vérité est le but de l'enquête, il fallait faire disparaître les anciennes dispositions quant à l'incapacité des témoins.

Aussi en Angleterre, dès 1833, [2] on décréta qu'aucun témoin ne serait rejeté parceque le jugement pourrait être invoqué ensuite pour ou contre lui. Dix ans après, en 1843, [3] on décréta qu'aucune personne ne serait empêchée de témoigner pour cause de crime ou d'intérêt. Par un proviso de cette loi les parties n'étaient pas admises à témoigner en leur faveur.

---

1 *De la preuve*, no 717.
2 3 et 4 W. 4, ch. 42.
3 6 et 7 Vict., ch. 85.

En 1846, en établissant les cours de comté, la législature décréta que dans toutes les causes et procédures sous l'opération de cette loi, les parties à la cause, leurs épouses et toutes autres personnes pourraient être examinées en faveur du demandeur ou du défendeur. [1]

En 1851, Lord Brougham fit adopter la loi sur la preuve. [2]

Par cette loi la législature permit aux parties d'être témoin en leur faveur, et permit également à la femme d'être témoin pour ou contre son mari en matière civile.

L'Angleterre fut tellement satisfaite de ces changements qu'en 1869, le parlement déclara que " the " discovery of truth in Courts of Justice has been " signally promoted by the removal of restrictions " on the admissibility of witnesses." [3]

§ 2

Le premier souci de Murray après la cession du pays fut d'y introduire les procès par jury et les lois anglaises. C'est ce qu'il fit par l'Ordonnance du 17 septembre 1764.

L'acte de Québec de 1774 [4] nous ayant rendu les lois françaises, nous gratifia en même temps d'un Conseil Législatif, lequel, par l'ordonnance du 25 février 1777, décréta entr'autres choses, que les enquêtes seraient publiques, et qu'en matières de commerce on y suivrait les lois anglaises.

Ces dispositions furent confirmées par l'ordonnance

---

1 9 et 10, Vict., ch. 95.

2 14 et 15 Vict., ch. 99.

3 Préambule, Loi 32 & 33 Vict., ch. 68, Vid. Taylor, Ev. no 1345 & s.

4 14, Geo. III, ch. 83.

25 Geo. III, ch. 2, laquelle, par son article 12, ne permit d'examiner les témoins hors de Cour que dans les cas de *nécessité évidente* et à la condition que les parties fussent présentes.

Nous devons à ces nouvelles ordonnances de nous avoir libéré des enquêtes secrètes de l'ancien droit. Nos anciennes ordonnances défendaient également aux parties d'assister à l'interrogation sur faits et articles de la partie adverse. C'était une coutume absurde dont le célèbre Dumoulin lui-même eut à souffrir dans une cause personnelle. Il sollicita vainement la permission d'assister aux réponses de son adversaire, *quia non tam facile negaret*, disait-il.

En 1801, [1] notre législature commença par restreindre l'incapacité d'être témoin, à raison de parenté ou d'alliance, au degré de cousin germain inclusivement.

Enfin, nos législateurs voyant sans doute les heureux résultats obtenus en Angleterre par les lois dont nous venons de parler, adoptèrent en 1860 un mode d'enquête plus libéral, en décrétant ce qui suit : [2]

49. " Toute partie dans une cause pourra être assignée et interrogée comme témoin par toute autre partie dans la même cause, et la partie ainsi assignée et interrogée, pourra être transquestionnée comme un témoin par son propre procureur, si elle est représentée par un procureur, et le témoignage donné par toute telle partie pourra servir ou non à la partie qui l'aura obtenu, si elle le juge à propos, pourvu que toute telle partie à la clôture de son enquête, déclare qu'elle entend oui ou non se servir de tel témoignage ; mais aucun tel témoignage ne tournera à l'avantage de la partie qui l'aura donné, et toute telle partie ainsi assignée, sera taxée comme tout autre témoin.

---

1 41, Geo. III, ch. 8.

2 23 Vict., ch. 57, ss. 49, 50 et 51.

50. En matières d'enquêtes et de preuve par témoins, le témoignage d'un seul témoin sera suffisant pour prouver un fait.

51. " Tous les parents et alliés des parties, *excepté le mari et la femme*, pourront être témoins en matières civiles, pour déposer contre ou en faveur d'icelles, nonobstant le onzième article du titre vingt-deux (enquêtes) de l'ordonnance de mil six cent soixante et sept, qui sera expressément abrogé, en autant qu'il a rapport aux degrés de parenté seulement ; mais nonobstant la compétence de tous parents en deça du degré de cousin germain, de donner un témoignage, le juge pourra apprécier tel témoignage selon qu'il jugera les témoins dignes de foi : et toute personne reprochable comme témoin pour raison d'intérêt, pourra rentre témoignage en justice, mais le témoignage de tel témoin sera apprécié selon qu'il sera jugé digne de foi.

Cette loi constituait un progrès notable :

Quant aux parents.

La contrainte par corps étant abolie en matière civile, sauf quelque cas de malice et de mauvaise foi, les jugements n'ont plus en général d'autre sanction que la saisie et la vente des biens du débiteur à défaut de la satisfaction volontaire. Il n'y a donc plus d'inhumanité à forcer les parents à témoigner.

La raison donnée par les anciens auteurs que les parents sont *apud concordes excitamenta caritatis*, *apud iratos irritamenta odiorum* s'applique également aux amis et aux ennemis. Elle justifie le juge de suspecter le témoignage, elle ne peut le justifier de le refuser.

Ces dispositions avaient d'ailleurs été introduites malgré Lamoignon et Talon.

Quant au nombre des témoins.

L'axiôme *testis unus testis nullus*, tiré de la loi de Moïse, introduit dans le droit romain par Constantin, demeuré en vigueur en France jusqu'au Code Napoléon, et en notre droit civil jusqu'à 1860, et que l'on enseigne encore dans nos cours de philosophie, est mal fondé. La raison nous enseigne que nous devons croire le témoignage des hommes, non quand ils sont plusieurs, mais quand ils n'ont pu se tromper et qu'ils n'ont pu vouloir nous tromper.

Un homme intelligent et désintéressé offre toutes ces garanties. [1]

Quant aux parties.

Le législateur a considéré que la raison d'ordre public qui veut qu'on n'expose personne à se parjurer, devait céder devant la considération qu'il est injuste de priver un adversaire d'un moyen de preuve qui lui est souvent indispensable.

Pour protéger les parties contre les surprises, le législateur permet à leur procureur de les transquestionner comme tout autre témoin ; afin de ne pas permettre qu'elles soient tracassées inutilement, il leur permet d'être taxées lorsqu'elles sont assignées ; enfin pour que l'adversaire ne soit pas lié par leurs dénégations, on lui permet de se désister de leur témoignage avant la clôture de l'enquête.

La loi de 1860 en abrogeant cet article de l'ordonnance de 1667, a excepté le mari et la femme, tout comme s'ils y avaient été compris. Ils n'étaient pourtant pas dans la lettre de la loi, mais ils étaient évidemment dans le motif puisqu'ils sont la source de la parenté et de l'alliance.

---

[1] Voyez sur ce point *Langelier* : DE LA PREUVE, nos 782 et 783 ; *Dorion* : DE LA PREUVE TESTIMONIALE, nos 10 et 11.

Sous l'ancien droit, la jurisprudence n'était pas uniforme sur cette question.

Ainsi on trouve dans Papon, [1] un arrêt du parlement de Paris en date du 9 janvier 1530, qui a permis l'audition d'un conjoint dans un cas où il ne se trouvait pas d'autre témoin. " C'oit en matière civile : car en criminelle seroit autrement," dit l'auteur.

Ymbert dans sa pratique nous dit également : " Et sy le mary agit ou est poursuivuy à cause de sa " femme, la partie aduerse peut requerir que la femme " soit ouye sur ces faits qui seront de la science et " cognoissance d'icelle." [2]

Ces arrêts étaient fondés sur la nécessité [3].

La loi de 1860 permettant d'interroger la partie adverse, on s'en autorisa pour interroger son conjoint lorsqu'il était co-défendeur.

Fallait-il aller plus loin et permettre d'interroger l'époux séparé de biens qui avait administré les biens de son conjoint relativement aux faits de son administration ?

M. le Juge Berthelot avait résolu cette question affirmativement dans la cause de *Ireland* vs *Maume & Duchesnay*, *T. S.* [4] mais, cette cause ayant été portée en appel, la décision fut infirmée.

Voici quelles sont les remarques de l'Hon. Juge Badgley :

"The old rule of law is in force in this country

---

[1] Liv. 9, t. I, N. 26.

[2] La *practique*, Liv. I, ch. 38, no 4, p. 267.

[3] On suivait la même règle pour les infâmes. Ils ne pouvaient être témoins (*Pothier*, *Des Personnes*, Liv. 3, tit. 3) ; cependant Serpillon nous enseigne que leur témoignage était admis quand on ne pouvait pas découvrir la vérité par d'autres moyens. C'étaient des cas où les docteurs disaient : *In casibus in quibus testes inhabiles admittuntur " non probant," sed solum faciunt talem qualem pobationem* (Code crim., p. 720).

[4] X Jurist, p. 28.

" that a husband cannot give evidence for or against " his wife. The clause of our own statute [1] is " precise."

" Its object was to do away with the exceptions of " the old law under the Ordinance of 1667, but in doing " so, it explicitly prevents husband and wife from " being witnesses for each other. The common law " of the land and that public policy which is part of " the common law, preclude such examination of " husband and wife. It is true that the 15th Section " of the same act provides for the examination of any " party to the suit as a witness. It suffices to observe " on this point that Maurice Cuvillier is not a party " to this suit, that he is only in the suit to authorize " his wife, and does not come within this provision. " *The case is anomalous, however.*" [2]

Il nous semble que la décision du juge Berthelot était en harmonie avec la loi de 1860.

L'exception que faisait cette loi relativement aux époux ne changeait pas le droit antérieur, mais se contentait de le conserver, et nous venons de voir que dans cet ancien droit il y avait des décisions en ce sens. Non seulement le savant juge pouvait s'y rapporter, mais il pouvait aussi s'appuyer sur la loi de 1860 elle-même. Comme nous le verrons plus loin, les motifs de la loi n'avaient plus d'application dans l'espèce. Le mari étant interrogé contre sa femme, on ne violait pas le principe " *nemo in propria causa testis esse debet* ;" la loi de 1860 permettait d'interroger la partie comme témoin, le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* n'existait plus." Il ne s'agissait que de faits d'administration et non de confidences : l'ordre public était respecté.

---

[1] C. S. L. C., c. 82, sec. 14.

[2] 2, L. C. L. J., pp. 228 & 229.

Les motifs qu'on aurait pu invoquer pour étendre la loi de 1860 sont précisément ceux qu'on devait invoquer pour restreindre celle de 1873.

Quoi qu'il en soit, le jugement de la cour d'appel avait réglé la question définitivement : aussi en 1871, la législature fut obligée d'amender l'article 252 C. P. C., lequel reproduit l'article 1231 C. C., en y ajoutant ce qui suit : [1]

" Cependant, si les époux sont séparés de biens et " que l'un d'eux, comme agent, a administré les pro- " priétés de l'autre, l'époux qui a ainsi administré " peut être examiné comme témoin sur tout fait " qui concerne telle administration ; pourvu que le " tribunal ou le juge, eu égard aux circonstances de la " cause, soit d'avis qu'il est juste et à propos d'ordon- " ner tel examen. Chaque fois que cet examen est " permis, il est fait sans restriction comme l'aurait " été celui de l'autre époux, soit pour ce qui regarde " l'admissibilité d'une preuve verbale, soit autre- ment."

Cette loi ne dit pas que le conjoint ne pourra être examiné que par la partie adverse, cependant les tribunaux le décidèrent presque invariablement, et les causes rapportées que nous connaissons sont toutes dans ce sens. [2]

Cette jurisprudence était évidemment bien fondée : le motif de la loi exigeait qu'elle fût restreinte.

Si nous cherchons dans les auteurs les motifs de cette prohibition, nous découvrons, comme nous l'avons dit, qu'ils sont de deux sortes.

Greenleaf nous expose le premier de ces motifs :

" The rule by which parties are excluded from

[1] 35 Vict., ch. 6, s. 9.

[2] 5, R. L., p. 336 et 9 R. L., 363.

being witnesses for themselves, applies to the case of *husband and wife* ; neither of them being admissible as a witness in a cause civil or criminal, in which the other is a party. This exclusion is founded partly on the identily of their legal rights and interests, and partly on principle of public policy, which lies at the basis of civil society. For it is essential to the happiness of social life, that the confidence subsisting between husband and wife should be sacredly protected and cherished in its most unlimited extent; and to break down or impair the great principles which protect the sanctities of that relation, would be to destroy the best solace of human existence."

L'ordre public n'est évidemment pas intéressé à interdire la preuve des actes d'administration d'un des époux pour l'autre.

Les autres motifs nous sont donnés par Blackstone :

" Ils ne peuvent être admis à témoigner l'un pour " ou contre l'autre parce qu'il est impossible que leur " déposition soit impartiale, et, principalement, à " cause de l'union des deux personnes en une. Car, " s'ils étaient admis à déposer l'un pour l'autre, ils " seraient alors en contradiction avec cette maxime " de la loi : *nemo in propria causa testis esse debet*, et " s'ils déposaient l'un contre contre l'autre, ils se- " raient en contradiction avec cette autre maxime : " *nemo tenetur se ipsum accusare.*"

Le législateur en permettant, par la loi de 1860, d'interroger la partie adverse comme tout autre témoin, avait mis fin à l'axiôme de l'ancien droit : *nemo tenetur se ipsum accusare*, mais il avait laissé subsister l'axiôme contraire : *nemo in propria causa testis esse debet.*

La loi de 1871 n'était donc que la conséquence de celle de 1860 et l'esprit de la loi imposait au juge

l'obligation de refuser le témoignage de l'époux d'une partie en sa faveur.

C'est la raison que donne M. Langelier :

" Quelle est la partie qui peut ainsi demander " l'examen d'un conjoint dans une cause où son con- " joint est partie ? C'est seulement la partie adverse.

" Une partie ne pourrait demander l'examen de son " propre conjoint.

" Par exemple, si A plaide contre B, il pourrait " bien demander que C, l'époux de B, soit entendu " comme témoin, mais B elle-même n'en aurait pas le " droit. Cela résulte clairement du texte de l'article " 252 du Code de procédure civile qui dit que l'examen " du conjoint qui est partie à la cause se fait comme " l'aurait été celui de l'époux qui y est partie......

" C'est aussi l'esprit de cette disposition :

" Comme nous l'avons dit plus haut, elle a eu pour " objet qu'une partie ne fut privée du témoignage de " son adversaire, par le fait que celui-ci aurait fait " administrer ses biens par son conjoint."

Le même auteur insiste également sur le fait que ce motif nous est indiqué par le législateur, lorsqu'il déclare que le témoignage sera pris sans restriction comme le serait celui de l'autre époux.

Aucun doute donc que la loi de 1871 ne permettait pas à l'époux d'être entendu en faveur de son conjoint.

Maintenant que le législateur a amendé l'article 1232 en y ajoutant :

" Nonobstant ce qui précède, toute partie à une " instance peut donner témoignage en sa faveur, dans " toute affaire d'une nature commerciale, mais sa cré- " dibilité en peut être affectée," la loi de 1871 doit-elle recevoir la même interprétation ? En un mot, *l'époux séparé de biens peut-il être entendu en faveur de son conjoint, en matière commerciale ?* Cette question a

été déjà soulevée à notre connaissance et résolue négativement.

Nous croyons cependant que l'ancienne interprétation devrait disparaître, car son motif *nemo in propria causa testis esse debet* est disparu.

Autrement il y aurait encore cette *anomalie* dont parlait la cour d'appel dans la cause d'Ireland et Maume. Il en est toujours ainsi quand les tribunaux refusent d'interpréter les lois les unes par les autres ; il ne suffit plus que le législateur pose un principe nouveau, il faut qu'il en déduise lui-même chacune des conséquences.

Refuser aujourd'hui en matière commerciale à l'époux separé de biens qui a administré les affaires de son conjoint la faculté d'être entendu, serait non-seulement une anomalie mais une injustice évidente. Il se présente tous les jours des causes où c'est le mari qui a transigé pour sa femme.

La partie adverse pourra être entendue en sa faveur et la femme ne pourra la contredire : telle ne peut être l'intention du législateur.

Les mêmes motifs qui ont permis au juge de restreindre la loi de 1871 lui font maintenant un devoir de l'entendre dans un sens large.

Telle est d'ailleurs la règle d'interprétation admise par les romains et par les auteurs modernes.

" Le motif de la loi cessant, dit Mailher de Chassat, la loi cesse avec lui.

" Le motif de la loi se trouvant limité, l'effet est limité avec lui.

" Le motif de la loi étant corrigé, la loi sera aussi corrigée. [1]

Le même auteur nous donne également deux exemples tirés du droit romain :

---

1 *Int. des lois*, p. 182.

" Par exemple, selon l'ancien droit romain, le père " était obligé d'instituer ou d'exhéréder nommément " le fils de son fils émancipé. Mais la différence entre " les héritiers siens et les émancipés, fondement de " l'obligation de l'aïeul, ayant été supprimée par " l'authentique *de hered. ab intest. nullum*, etc., cette " disposition obligatoire se trouvait ainsi supprimée.

" Pareillement selon cet ancien droit, les cognats " n'étaient pas appelés à la tutelle parce qu'ils ne " pouvaient pas succéder. Mais la différence entre " l'agnation et la cognation ayant été supprimée par " le droit postérieur, les cognats purent être appelés " à la succession, et par suite à la tutelle. On voit " que dans ce cas là, la suppression entière du motif " entraîne la suppression entière de la loi.

" Mais si le motif, au lieu d'être supprimé, devient " plus étendu, plus grave, alors il donnera plus " d'étendue ou de gravité au dispositif de la loi, et de " là son extension."

Notre législation tendant, comme nous croyons l'avoir établi à faire disparaître les entraves que les anciens avaient mises à l'enquête, nous ne croyons pas qu'il soit du devoir des tribunaux de lire ces lois favorables dans un sens restrictif, et de persister dans une interprétation que ne supporterait plus les motifs de la loi. [1]

---

[1] Quoties aliquid unum vel alterum lege introductum est, bona occasio est cætera quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel saltem juridictione supplere. L. 13, ff. de leg.

PHILIPPE DEMERS

AUTORISATION DE LA FEMME MARIÉE

En vertu de l'article 180 du Code civil, si le mari est interdit ou *absent*, le juge peut autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

Le mot *absent* dans cet article ne doit-il être pris que dans le sens que lui donne l'article 86, ou peut-il aussi s'appliquer au mari non présent ? Une femme mariée peut très souvent avoir un grand intérêt à faire un contrat, à vendre un immeuble ; son mari l'a délaissée, il est absent, mais elle connaît néanmoins le lieu de sa résidence. D'un autre côté elle sait d'avance qu'elle n'obtiendra aucune autorisation de sa part, ou bien encore son mari est trop éloigné pour lui donner l'autorisation aussi promptement que le cas l'exige. Pourra-t-elle dans ces circonstances demander au juge l'autorisation nécessaire ?

Nous sommes d'opinion qu'elle le peut et que l'expression *absent* de l'article 180 n'a pas la signification restreinte que lui donne l'article 86.

En effet, cet article 86, dit que l'absent, *dans le sens du présent titre*, est celui qui ayant eu son domicile dans le Bas-Canada, a disparu sans que l'on ait eu aucune nouvelle de son existence. Le titre de l'absence est le quatrième du Code. L'article 180 se trouve au cinquième titre. Il est donc évident que cette expression doit être prise dans son sens grammatical chaque fois qu'elle est employée dans les autres parties du Code. L'on peut donc conclure, d'après le texte même du Code, que le mot absent de l'article 180 comprend non seulement celui dont on n'a pas de nouvelles mais aussi le non présent.

L'on arrive à la même conclusion si l'on recherche le but de la loi.

La loi permet l'autorisation judiciaire chaque fois que la femme ne peut obtenir celle de son mari. Les articles 178 et 180 en font foi. D'après l'article 178, si le mari refuse, le juge peut agir. Il en est de même d'après l'article 180, si le mari est interdit ou absent. On accorde sans hésitation l'autorisation judiciaire à la femme qui ne connait pas l'existence de son mari. Pour quelle raison refuserait-on de le faire pour celle qui, tout en connaissant l'existence de son mari, se trouve dans l'impossibilité d'obtenir l'autorisation maritale ou d'en constater légalement le refus? Il n'y en a aucune. La distinction que l'on veut faire n'a pour effet que de consacrer une injustice, et est contraire aux fins de la loi.

Consultons maintenant les auteurs français sur ce point. L'article 222 du Code Napoléon est conforme à notre article 180.

D'après Locré (vol. IV, p. 399 et 400), le mot *absent* tel qu'interprêté lors de la discussion au Conseil d'Etat, s'applique au non présent comme à l'absent proprement dit. C'est aussi ce qu'enseignent Malleville (15 p. 232), Toullier (2,651), Duranton (2,506), Demolombe (4, No 214), Demoly, (traite des absents, No 740).

Aubry et Rau (5, p. 146), citent dans ce sens plusieurs décisions des tribunaux français. Cependant ces derniers ainsi que Marcadé (vol 1, p. 561), et Laurent (vol 3, No 127), en s'appuyant sur l'article 863 du Code de procédure civile français, soutiennent que le mot *absent* de l'article 222, doit être pris dans son sens restreint de l'article 86 de notre Code.

Voici comment s'exprime Laurent : " Le Code de procédure contient un titre sur l'autorisation de la femme mariée ; ce titre prescrit les formes que la femme doit suivre pour obtenir l'autorisation. L'article 863 du Code de procédure, en parlant de l'ab-

sence du mari, ajoute que l'autorisation judiciaire peut être accordée dans le cas d'une absence présumée du mari ou lorsqu'elle aura été déclarée. Voilà en quelque sorte une interprétation authentique du Code civil. Si outre le cas de l'absence légale, le législateur permettait au juge d'autoriser en cas de non présence, le Code de procédure aurait prévu ce cas. S'il ne le prévoit pas, c'est que la simple non présence ne suffit pour que le juge intervienne."

"Si nous n'avions, continue Laurent, d'autre texte que l'article 222, nous nous rangerions à l'opinion générale (que l'article 222 s'applique aussi aux non présents), mais reste le Code de procédure, et il nous paraît impossible de concilier l'article 863 avec cette doctrine."

C'est donc sur cet article 863 du Code de procédure civile français que s'appuient Laurent, Aubry et Rau, et Marcadé pour se prononcer contre la grande majorité des auteurs. Mais Laurent, de son propre aveu, sans l'article 863 du Code de procédure adopterait l'opinion générale. Or ici, notre Code de procédure civile ne contient aucune disposition de la nature de celle de l'article 863 du Code de procédure français. Il est donc naturel de conclure que même ces derniers auteurs interpréteraient notre article 180 comme Demolombe et les autres commentateurs français et l'appliqueraient également aux non présents.

On a cité Pothier à l'appui de la prétention contraire. Cependant Pothier, après avoir exposé les principes généraux sur l'absence ajoute : "Que la femme peut recourir à la justice lorsque le mari est trop éloigné pour donner l'autorisation aussi promptement que le cas l'exige" (Puissance maritale, No 12). Mourlon (Edition de Mignault, vol. 1, p. 526), adopte les conclusions de Pothier.

Enfin la Cour de révision à Québec a accepté cette

interprétation, le 30 septembre 1893, dans la cause de *Turcotte vs Nolet*, (4 R. O. Q., C. S., p. 438).

Cette même Cour avait également décidé que l'expression absent à l'article 615 du Code de procédure civile n'était pas employée dans le sens que lui donne l'article 86 du Code civil (1, R. O. Q., C. S., p. 53). Cette dernière décision bien que ne portant pas directement sur la question que nous discutons peut nous servir à en trouver la solution.

Nous croyons avoir démontré que notre interprétation est conforme au texte même du Code, à l'esprit de la loi, à l'opinion des auteurs et à notre jurisprudence.

L. P. SIROIS,
Notaire.

Québec, 13 Septembre 1896.

EXCENTRICITÉ—Le célèbre jurisconsulte Cujas avait l'habitude singulière d'étudier et de travailler couché tout de son long sur un tapis, ayant ses livres autour de lui.—*Philommeste*, *Amusements philologiques p.* 225.

—Il est assez difficile d'assigner le rang des principales nations de l'Europe dans la science du droit. Un auteur, G. P. Philommestre, dans son traité des *Amusements philologiques*, p. 279, a essayé d'en faire un classement. Il place l'Allemagne au premier rang, la France au deuxième, l'Angleterre au troisième, l'Italie au quatrième, l'Espagne au cinquième.

THE SAISIE ARRÊT CONSERVATOIRE.

"Plaintiffs," says Roger North, "are commonly very "outrageous and love to turn the first process into an "execution." At one time, in England, almost every kind of claim was commenced with a seizure of the debtor's property or his person. In this country, the statutes or the jurisprudence have limited the right of taking a preliminary seizure upon property to certain cases, which may be grouped as follows :

1. Those in which a Plaintiff seeks to enforce his common pledge as a creditor on his debtor's property when the latter fraudulently makes away with it or absconds.

2. Those cases where a person, having a right to it, seeks to acquire physical possession. This is the case of revendication, exercised by the owner, the joint, owner, depositary or persons having a right of lien.

3. Cases in which the Plaintiff does not claim to be personally entitled to the possession, and does not allege that his debtor is either secreting or absconding but claims a privilege in respect of the proceeds of the goods and asks that the property be placed under the control of justice with the object of securing this.

Under the Consolidated Statutes of Lower Canada, Chap 83, Sec. 46, the third class of cases was practically left out of sight, either intentionnally or by inadvertence, and the enactment prohibited the issue of any process of attachment except upon proof of certain facts, which briefly were the absconding or secreting on the part of the debtor, and belief upon the part of the deponent that without the attachment, the Plaintiff would sustain damage. Persons who had such claims as those mentioned above in the third

class, were apparently shut out from any kind of process of attachment.

The jurisprudence in France admitted of attachments by way of revendication under Articles 176 and 177 of the Custom of Paris for the benefit of an unpaid vendor but only in certain cases. A reference to Pigeau, vol. 1, p. 464, shows what the rule of practice was under Art. 176. This article in effect said that he who had sold a moveable *sans jour et sans terme* might revendicate it, and in default of the payment of the price, it was to be returned to him as his property. The reason of this was that the vendor was by a fiction considered to have sold conditional on immediate payment, and that the property was not to pass until payment. On page 119 is the form of proceedings, which is that of revendication. Article 177 dealt with the sale *à terme*, and provided that if the thing sold was seized on the debtor by another creditor, the vendor could prevent the sale, and was preferred to other creditors. On page 465 he explains the distinctions between this case and the preceeding one, and says that in this case there is no such implied condition, and that the property has passed and consequently the vendor has only a privilege on the price of sale. Bourjon, Vol. 2, Title 8 Of Executions, page 689, also treats of the same matter, and references will be found to it in Ferrière Grande Coutume.

These authorities, taken together, only go to show that in cases where moveables were sold and the property was considered not to have passed, the vendor might revendicate. He had to do it within eight days, he had to find the goods practically intact. On the other hand, if the goods were sold at credit, he had nothing but a right of privilege, and for the purpose of enforcing this privilege, would necessarily have to sue his debtor for the price, and if the goods

were seized by another creditor of the debtor's, the vendor had the right to prevent their being sold at the instance of that other creditor, and was preferred to him on the proceeds of the sale.

There is nothing in all this to justify conservatory seizures of a nature such as the jurisprudence developed, and Mr. Justice Mondelet, in Robertson and Ferguson, 8 L. C. R., p. 244, practically has to admit it, for he says: "I hold, and consider my opinion maintained by the law as it stood in France and by the jurisprudence of the country, that the article (177) likewise applies to a third case, where a purchaser *à terme* has, in the interim, become insolvent, the vendor can retake possession of the goods sold". He does not cite any authority for this proposition, and all previous jurisprudence, viz., Aylwin & McNally, Stuart's Reports, p. 541, Moore & Dyke, do., p. 538 and Torrance & Thomas, 2 L. C. J., p. 98, decided by the same judge, do not justify his statement. There were also some dicta with regard to conservatory acts. See, Guyot, Merlin, Ferrière Dictionary Bioche, under the word Acte Conservatoire.

In the course of the decisions under which the present practice with regard to the conservatory attachment grew up, the questions principally debated were, firstly, whether in order to have such an attachment an affidavit was necessary; and secondly, whether such a proceeding was or was not prohibited by the statute.

As to the necessity of an affidavit, it is obvious that if the attachment did not fall within the statute, there was no other positive law requiring an affidavit. Nevertheless, the bar, from excess of caution and a feeling that some sort of preliminary was only decent when seizing before judgment, seems to have preferred to produce one. Their state of mind perhaps was

not exactly a logical one, and the jurisprudence for many years was uncertain and conflicting. In Leduc and Tourigny 5 L. C. J., p. 123 and 6 L. C. J., 24, Badgley, J., referring to the case of Torrance and Thomas, 2 L. C. J., p. 98, which did not decide the point, considered that an affidavit was not necessary, and Monk, J., page 324, in the same case, refused to discuss the authorities upon the point, stating that the local practice had been to have this process without affidavit for years. The same opinion was again expressed by Mondelet, J., in Robertson and Ferguson, 8 L. C. R., 239 and 2 L. C. J., 101, and by Monk, J., in Dubeault and Robertson, 8 L. C. J., 333.

Against these decisions, there has been the general practice of filing some sort of affidavit, as shown by the reported cases. In 1862, the late Sir Andrew Stuart, in the case of Poston vs. Thompson, 12 L. C. R., 252, Leduc and Tourigny having been cited, stated in the most positive terms that an affidavit was required and had been required for fifty years; and to the same effect is a decision of Berthelot, J., in Dubeault and Robertson, 8 L. C. J., page 334. This too is the inference to be drawn from the formal *considerant* of the Queen's Bench in the case of Henderson and Tremblay, 21 L. C. J., on page 24, for it declares the affidavit sufficient.

Upon these cases, therefore, it would appear that at Quebec, at all events, the absolute practice was to require an affidavit, whilst at Montreal, the judges were divided as to what this practice was, whilst the affidavit, if used at all, could not be the affidavit referred to in the statute, but must merely have been an affidavit setting forth the ordinary grounds of claim by an unpaid vendor.

Judge Mathieu's dictum in Fraser and McTavish 15 R. L., page 200, in which he says that there was no

positive law requiring an affidavit, is probably as much as could be safely said.

It is provided in Article 177 of the Custom of Paris that when a sale has been made, and time for payment given, if the thing is seized on the debtor by another creditor, the vendor may prevent the sale and is preferred upon the thing to other creditors. It was in order to give the same kind of effect to this article that the jurisprudence upon the *saisie arrêt conservatoire* originated, the courts not apparently realizing at the beginning what the ultimate result of the series of decisions was to be.

It was been argued that the provisions of the Consolidated Statutes did not apply to process of attachment at common law. Perhaps this was a reasoning which commended itself to practitioners at the time, their views being biased by their practice and by the history of the legislation ; but it is plain, looking to the words of the law alone, that the prohibition was sufficiently broad even to cover conservatory seizures. It is said that *no process of attachment* is to be issued. The draughtsman of the act evidently thought that the words were so extensive that an exception was necessary to preserve the rights of the *dernier équipeur* and the landlord, and if this was so, the excepted matter would prove that the rights to a *saisie arrêt conservatoire* were destroyed.

It is curious to note the peculiar growth of the practice. In Torrance and Thomas, 2 L. C. J., 98 and 99, the vendor sought to attach goods in order to preserve his privilege. He did not ask to have the goods put into his own possession, but merely to be put under the control of justice, and that he might be paid by preference. The conclusions were kept as nearly as possible in such form as to be justified by article 177

of the Custom of Paris, and it was upon this that the judgment finally went.

The Court of Queen's Bench, in Graham and Côté, 16 L. C. J., p. 307, refused a writ of conservatory seizure to a raftsman on the ground that such a seizure could only exist in virtue of some positive law. The inconsistency of the two decisions in remarkable. The article of the Custom of Paris, if it is to be construed strictly, only gives the remedy where the thing is seized on the debtor by another creditor than the vendor, and if the same theory had been applied as was applied by the Court of Queen's Bench, the writ of seizure in Torrance and Thomas would have been quashed.

Judge Mondelet, in Robertson and Ferguson, 8 L. C. R., p. 239, justifies the attachment by an extension of the articles of the Coutume de Paris to a third case not expressly mentioned, and says that by the jurisprudence the vendor can retake possession where the purchaser *à terme* has become insolvent.

In Henderson & Tremblay, 21 L. C. J., p. 24, the Queen's Bench diverge from all the previous cases. This was a case where certain lumber was seized by revendication upon conclusions to have the sale annulled for default of payment of price, whilst subsidiary conclusions were made to the effect that in the event of the seizure not being held good as a revendication, it might avail as a "*saisie conservatoire pour lui assurer le paiement de la somme de* $184.70, *qui lui est due pour le prix, etc.*" He does not, in this alternative conclusion, ask for any resiliation of the sale, but only to be assured of the payment of the price, and this could have been done for him by a judgment similar to that in Torrance & Thomas, if the seizure might not logically have been maintained as a revendication ; but the Court arrives at a conclusion which

is not expressly justified by the decision, and not only maintains the action as a *saisie conservatoire*, but resiliates the sale and orders the goods or the funds representing them, to be returned to the plaintiff, thus giving him by way of *saisie conservatoire* a result which his counsel apparently only contemplated obtaining by way of revendication, and practically extending the jurisprudence so as to grant conservatory attachments to people who were not seeking merely to have the property placed in the hands of justice in order to be paid by privilege, but who actually sought to revendicate the ownership.

In Wyatt v. Senecal, Chief Justice Meredith refused to quash a seizure by a bondholder of certain cars basing himself partly on the jurisprudence and partly on Art. 21 C.C.

In Prince & Jones, the Court referred to Henderson & Paquet, and stated that it had held in that case that a conservatory attachment lay where there was a lien or right in the property. Many persons have availed themselves of the opening given to take similar attachments. Cars have been attached to protect the interest of bondholders. Donors seeking to set aside a donation have used similar methods, as also have heirs dissatisfied with the division of estates, and and attorneys doubtful of their clients' sense of gratitude. Some of these persons are really in the position of parties seeking to revendicate. They ask for possession under a state of facts which if true would justify a revendication, but by calling their process a conservatory seizure, they avoid the necessity of swearing to these facts ; others have no right whatever in or to the object seized, but merely a claim to a privilege on the proceeds, to secure which in the present state of the jurisprudence they prefer to risk an action for damages on account of an illegal seizure rather

than the possible dissipation of the property out of which they hope to be paid.

By appendix A of the Revised Statutes of Quebec, the Consolidated Statutes c. 83, sec. 46, is repealed, and the Courts in giving effect to the reasoning upon which the old decisions went are at least in a stronger position, for the articles of the Code which deal with the same matters are not in a prohibitive form. The advisability of allowing such a state of things to continue however still remains for the legislature to consider. The equity and reasonableness of maintaining the right of seizure in some such cases can hardly be controverted. [1]

C. S. CAMPBELL.

CASES CONSULTED.

[1] Torrance v. Thomas, 2 L. C. J., p. 98.
McClure v. Kelly, 2 R. de R., p. 126.
Leduc v. Tourigny, 6 L. C. J., p. 24.
Baldwin v. Binmore, 6 L. C. J., p. 297.
Poston v. Thompson, 12 L. C. R., 252.
Robertson v. Ferguson, 8 L. C. R., p. 239.
Duchesnay v. Watt, 8 L. C. J., p. 169.
Leslie v. Molsons Bank, 8 L. C. J., p. 1.
Mailloux v. Sommerville, 9 L. C. J., p. 80.
Côté v. Graham, 3 R. L., p. 571.
Dubeault v. Robertson, 8 L. C. J., p. 333.
Graham v. Côté, 16 L. C. J., p. 307 and 4 R. L., p. 3.
Trudel v. Trahan, 7 R. L., p. 177.
Henderson v. Tremblay, 21 L. C. J., p. 24.
Wyatt v. Senécal, 4 Q. L. R., p. 76 and 1 L. N., p. 98.
Cryan v. Cryan, 13 Q. L. R., p. 274.
Prince v. Jones, 31 L. C. J., p. 168.
Fraser v. McTavish, 15 R. L., p. 200.
Barnard v. Molson, 6 M. L. R., Q. B., p. 201.
Chapman v. Nimmo, 8 L. C. J., p. 42.
Giroux v. Gareau, 8 L. C. J., p. 164.
Biroleau v. Lebel, 6 L. C. J., p. 168.
Maguire v. Baile, 3 R. J., S. C., p. 75.
Goulet v. Green, 13 Q. L. R., p. 103.

DE L'AFFINITÉ (*)

I.

Des relations diverses ayant des conséquences juridiques plus ou moins graves peuvent exister entre les citoyens d'un même pays. Les plus importantes et les plus intimes de ces relations sont le mariage, la parenté et l'affinité.

Je dis en premier lieu le mariage, car cette relation intime et sacrée qui existe dans l'indissoluble union de l'homme et de la femme, n'est pas une parenté ni une affinité (1) dans le sens ordinaire. " *Virum et* " *uxorem non esse inter se proprie affines, sed principium* " *affinitatis et quasi stipitem, ex quo affinitatis gradus* " *numerentur et distinguantur.*" (2) Cette union intime qui de deux personnes fait une même chair, *et erunt duo in carne unâ* (3), cette union qui est la tige d'une famille nouvelle n'a pas de désignation qui lui soit propre, aucune autre expression que celle de *mariage* ne peut la caractériser. Le mariage est une relation

(*) Cet article a déjà paru dans la *Thémis*, mais l'auteur y ayant fait des modifications, il est devenu nécessaire de le publier de nouveau.

(1) Le Code de Procédure Civile, article 252, semble proclamer que l'union qui existe entre les époux est une véritable affinité.

Proudhon, *Traité de l'Etat des Personnes*, T. 1, page 360, dit que "l'alliance ou l'affinité consiste dans les liens civils qui unissent, par le mariage, *les époux entr'eux*, et chacun d'eux avec les parents de l'autre."

Voyez l'abbé André, *Cours de Droit Canon*. Vo. *Affinité* ou *Alliance*.

(2) Engel, *Jus Canonicum*, T. 3, page 99.

(3) Genèse, Cap. 2, V. 24.

sui generis, car les devoirs et les obligations mutuels qu'il engendre, les droits réciproques qu'il confère, le lien qui unit les époux, sont consacrés par la religion, la nature et la loi civile.

Les rapports de parenté (1) qui existent entre les personnes sont très-étendus dans leurs effets et leurs conséquences et ils se retrouvent dans un grand nombre de circonstances et d'événements dans le cours de la vie, notamment dans le mariage et dans les successions.

Les rapports d'affinité, quoique plus restreints, ont cependant une influence considérable dans le mariage qui est l'un des principaux événements de la vie. Ils ont aussi des conséquences importantes dans d'autres matières.

Les rapports qui existent entre personnes étrangères l'une à l'autre, c'est-à-dire entre lesquelles il n'y a pas de liens de parenté ou d'affinité (2), et leurs conséquences juridiques, sont généralement (3) le résultat des conventions et ils sont aussi multipliés qu'il y a des transactions sociales diverses.

Les simples rapports sociaux et les relations plus intimes d'amitié n'ont pas de conséquences juridiques,

---

(1) "La parenté ou la consanguinité est un lien contracté par la propagation du sang entre les personnes qui descendent d'une même souche." (*Petite Somme de Saint-Thomas d'Aquin*, par l'abbé Lebrethon, *supplément à la troisième partie, Question* 54, No 1).

"La parenté naturelle, dit Pothier, est la liaison que la nature a mise entre deux personnes qui descendent ou l'une de l'autre, ou d'une souche commune. (*Traité du Contrat de Mariage*, Part. 3, C. 3, Art. 1, § 1.)

(2) Les rapports dont il est question peuvent exister aussi bien entre parents et alliés qu'entre simples étrangers, mais ils n'ont pas la parenté ni l'affinité pour cause.

(3) Voyez le Code Civil, art. 983.

ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation civile.

Le but du présent article est de faire connaître l'affinité et de rectifier certaines idées erronées que beaucoup de personnes, même parmi les hommes de loi, entretiennent sur cette matière.

II

L'affinité ou alliance résulte du mariage. Elle a pour base l'union légitime de l'homme et de la femme ; elle est aussi le résultat d'un commerce illicite (1). " Celui, dit St. Paul, qui s'unit à une prostititnée " devient un même corps avec elle (2)."

L'affinité proprement dite ou l'affinité légitime est le rapport ou le lien qui existe, dans les relations de famille, entre un conjoint par mariage et les parents de l'autre conjoint. Si la loi ne prononçait pas l'affinité, il faudrait la faire reposer sur une fiction. Les deux époux ne formant qu'une seule personne, il faudrait dire que le conjoint de notre parent est notre parent lui-même et lui donner cette qualification.

L'affinité est l'image et la représentation de la parenté ; c'est une parenté civile ayant beaucoup de rapports avec la véritable parenté, et en différant essentiellement sous plusieurs points de vue. Le mariage fait entrer le conjoint dans la famille de son conjoint, il est considéré comme si les liens du sang l'unissaient aux membres de cette famille, il est *fictivement* de leur sang, mais cette fiction cesse lorsqu'il s'agit de succession.

---

(1) Affinitas est propinquitas personarum ex copulâ carnali proveniens de se non involvens consanguinitatem. (Engel. *lot. cit.*, page 99).

(2) *Première Epître aux Corinthiens, chapitre* 6, *verset* 16.

Les effets de l'affinité légitime sont nombreux.

Quant à la parenté et à l'affinité purement naturelles, elles ont surtout des effets en matière de mariage. Dans les matières civiles ordinaires, leurs effets sont bien limités (1) notamment en ce qui concerne l'affinité.

Il est bien certain que ces effets n'existent pas en matière de tutelle, curatelle et autres matières où le conseil de famille d'un individu doit être consulté.

Les parents et les alliés purement naturels ne peuvent pas être appelés au conseil de famille autrement que comme amis et seulement dans le cas de défaillance de la parenté et de l'affinité légitimes (2).

Dans la parenté on distingue la souche, la ligne et le degré.

La souche est le parent dont d'autres parents tirent leur commune origine. En appliquant cette idée à l'affinité, on doit dire que la souche est l'auteur commun dont le parent tire son origine et dont l'allié est censé, lui aussi, tirer son origine.

La ligne est l'ordre des personnes qui sont d'un même sang (3).

Relativement à la ligne, " il y a trois choses à dis-" tinguer dans la consanguinité : le rapport du prin-

---

(1) La reconnaissance volontaire ou forcée par le père ou la mère de leur enfant naturel, donne à ce dernier le droit de réclamer des aliments contre chacun d'eux, suivant les circonstances. (C. C. art. 240).

La recherche judiciaire de la paternité et de la maternité est permise à l'enfant naturel, et la preuve s'en fait tant par écrit que par témoins, sous les circonstances et restrictions portées aux articles 232, 233 et 234 relatifs à la preuve de la filiation des enfants légitimes. (C. C. art. 241).

(2) Voyez le Code Civil, art. 253.

(3) *Conférences de Paris sur le Mariage*. Livre 4. Première Conférence, § 1.

" cipe avec son produit, le rapport du produit avec " son principe, et le rapport réciproque des produits " du même principe. Ces trois rapports produisent " trois lignes : celle des descendants qui va du père " au fils (1), celle des ascendants qui remonte du fils " au père (2), et la ligne collatérale, qui marque la " relation de deux personnes descendues d'une souche " commune (3)." *Petite Somme St. Thomas d'Aquin, loc. cit.* No. 2). Ces principes sont applicables à l'affinité quoique, en réalité, il n'y ait pas de lignes, les alliés n'étant pas du même sang. Ainsi on distingue dans l'affinité la ligne directe descendante, la ligne directe ascendante et la ligne collatérale. La ligne directe descendante, "*rapport du principe avec son produit*," se compose de tous les descendants d'un époux, ils sont les descendants par affinité de l'autre époux, ils sont réputés avoir été engendrés par lui. Le fils de votre femme, né d'un précédent mariage; est votre beau-fils ou *fils par affinité* (4) ; le petit-fils de votre femme, le fils de son enfant d'un premier

(1) Dans la ligne directe descendante sont : le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille, l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille, etc.

(2) Dans la ligne directe ascendante sont : le père et la mère, l'aïeul et l'aïeule, le bisaïeul et la bisaïeule, le trisaïeul, et la trisaïeule, etc.

(3) Dans la ligne collatérale sont les frères et sœurs, les oncles et tantes, les grands-oncles et grandes-tantes, les neveux et nièces, les petits-neveux et les petites-nièces, les cousins et cousines germains, les cousins et cousines issus de germains, etc.

La langue du droit n'a pas d'expressions propres pour désigner les parents au delà de certains degrés. Ainsi au delà des cousins issus de germains (sixième degré civil et troisième degré canonique). les cousins n'ont plus de qualification spéciale et ils ne sont connus que sous le nom générique de cousins. On les nomme cousins au septième degré, huitième degré, etc.

(4) C'est-à-dire votre allié au degré de fils.

mariage, est votre *petit fils par affinité*, et ainsi des autres descendants. La ligne directe ascendante, "*rapport du produit avec son principe*," se compose de tous les ascendants d'un époux, ils sont les ascendants par affinité de l'autre époux, ils sont réputés l'avoir engendré. Le père de ma femme est mon beau-père ou mon pére *par affinité* (1), l'aïeul de ma femme est mon aïeul par affinité, et ainsi des autres ascendants. Enfin la ligne collatérale, "*rapport réciproque des produits du même principe*," se compose de tous les parents d'un époux qui descendent comme lui d'une souche commune, ils sont les collatéraux par affinité de l'autre époux, ils sont réputés avoir tous ensemble le même auteur commun. Le frère de ma femme est mon beau-frère ou *frère par affinité* (2), son oncle est mon oncle, son neveu est mon neveu, son cousin germain est mon cousin germain, et ainsi des autres collatéraux plus éloignés.

Les degrés de parenté sont les distances qui existent entre les parents. Ces distances sont plus ou moins considérables selon qu'on s'éloigne plus ou moins de la souche commune, car les degrés sont formés par les générations (3).

Les degrés sont comme les échelons que l'on monte (4) pour parvenir au faîte de l'édifice, c'est-à-dire à l'auteur commun, la tige et la souche de la nouvelle famille qui s'est formée.

(1) C'est-à-dire mon allié au degré de père.

(2) En d'autres termes il est mon allié au degré de frère.

(3) C. C. Art. 615.

(4) " Les degrés," dit le jurisconsulte Paul, " sont ainsi appelés par comparaison, c'est-à-dire comme étant semblables à des échelles ou à des lieux qui sont en pente, et par lesquels nous montons comme en passant de degrés en degrés, qui semblent naître les uns des autres. (ff. Liv. 10, §. 10, *De gradibus et adfinibus, et nominibus eorum*. Traduction de Bréard-Neuville et de Moreau de Montalin, T. 15, page 343).

Il y a deux manières de compter les degrés de parenté, la supputation canonique et la supputation civile.

Le droit canon et le droit civil comptent les degrés de la même manière dans la ligne directe. Chaque personne engendrée fait un degré. *Tot sunt gradus quot sunt generationes, usque ad illam personam de cujus cognatione quaeritur* (1). Ainsi, dans la ligne directe descendante, entre vous et votre fils il n'y a qu'un degré parcequ'il n'y a qu'une seule génération, celle de votre fils ; entre vous et votre petit-fils il y a deux degrés parce qu'il y a deux générations, celle de votre fils et celle de votre petit-fils. Il y a trois générations entre vous, qui faites souche, et votre arrière-petit fils, et par conséquent il y a trois degrés entre vous et lui.

" Il en est de même dans la ligne ascendante. Je suis au premier degré de parenté avec mon père, parce qu'une seule génération a formé cette parenté ; je suis au second degré avec mon aïeul, parce que deux générations ont formé cette parenté ; mon aïeul a engendré mon père, et mon père m'a engendré : je suis au troisième degré avec mon bisaïeul, parce qu'il y a trois générations de lui à moi : 1o il a engendré mon aïeul ; 2o mon aïeul a engendré mon père ; 3o mon père m'a engendré, *et sic deinceps* des autres degrés." (Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, No 124, Ed. in-12).

Le droit Canon et le droit civil ont chacun une

---

(1) Engel. *loc. cit.* page 96. Il ajoute : " Si quaeritur, quoto gradu sit nepos avo conjunctus ? Dico, avus, filius, nepos, sunt tres personæ, una dempta manent duae ergo duo gradus. Vel : avus genuit filium, est una generatio, et unus gradus, filius genuit nepotem, est secunda generatio, consequenter secondus gradus, et sic de caeteris."

manière différente de compter les degrés dans la ligne collatérale.

Suivant la supputation civile (1) il y a autant de degrés qu'il y a de personnes des deux côtés, issues d'une souche commune, car la ligne collatérale se compose de deux lignes qui partent de l'auteur commun. Ainsi lorsque l'on veut connaître la parenté qui existe entre deux collatéraux, on compte le nombre de personnes qu'il y a entre l'un d'eux et l'auteur commun, celui-ci non compris, et entre l'auteur commun et l'autre collatéral ; en d'autres termes on part de l'un des parents et on monte à l'auteur commun, et on descend de cet auteur commun à l'autre parent. Ainsi entre mon frère et moi il y a deux degrés, car de moi à mon père, notre auteur commun, il y a une génération et par conséquent un degré, et de mon père à mon frère il y a une autre génération, et par conséquent un autre degré. Entre votre neveu et vous il y a trois degrés car il y a trois générations, savoir la vôtre d'un côté, et celle de votre frère et de son fils, qui est votre neveu, de l'autre côté. Entre votre cousin germain et vous il y a quatre degrés, car il y a quatre générations, savoir deux générations en montant de votre cousin germain à votre aïeul qui est la souche, et deux générations en descendant de votre aïeul jusqu'à vous (2).

Il en est ainsi des degrés plus éloignés.

Dans la supputation civile, il n'y a pas de premier degré en collatérale (3). La distinction entre les

---

(1) Dans la Province de Québec nous suivons la supputation civile pour les successions, la récusation des juges, etc. Cette supputation est celle du droit romain : en collatérale il comptait les degrés de chaque côté.

(2) Voyez le Code Civil, art. 618.

(3) " La ligne directe ascendante ou descendante commence dans

degrés égaux et les degrés inégaux n'a pas sa raison d'être dans cette ligne vu que chaque personne fait un degré.

Suivant la supputation canonique (1) on ne compte les degrés que par le nombre de personnes qui se trouvent entre l'un des collatéraux et la souche commune. D'après cette supputation, il y a en collatérale des degrés égaux et des degrés inégaux, ou, en d'autres termes la ligne collatérale se subdivise en ligne collatérale égale et en ligne collatérale inégale (2).

Les degrés sont égaux lorsque les deux parents sont également éloignés de la souche commune. " *In lineâ " collateralium æquali toto gradu consanguinei distant " inter se, quoto quisque eorum a communi stipite* (3)."

" le premier degré ; mais dans la ligne collatérale, il n'y a point " de premier degré et on commence par le second." (ff. L. 1, §, 1, *de grad. et adf.*)

(1) On suit la supputation canonique pour les mariages. On ignore dans quel temps cette manière de compter les degrés en collatérale a été introduite dans l'église, mais il est probable que cette introduction a eu lieu sous le pontificat de Saint Grégoire le Grand. Cette introduction aurait donc eu lieu à la fin du sixième siècle ou au commencement du septième

Voyez Ferrière sur les *Institutes de Justinien*, Liv. 1, Tit, 10, §. 1. Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, Nos. 127 et suivants, et Nougarède, *Lois du Mariage*, page 297.

(2) " Linea transversalis seu collateralis est duplex, *æqualis* et *inæqualis*.

" Linea transversalis *æqualis* est *habitudo* inter personas ab eodem communi stipite æqualiter distantes, ut inter fratres et sorores, patrueles et consobrinas.

" Linea transversalis *inæqualis* est habitudo inter personas inæqualiter a communi stipite distantes, ut fratres et filii sororis." (Maupied, *Juris Canonici Compendium*, Pars. III, Lib. VI, T. 1, page 1462).

(3) Engel, *loc. cit.* page 96.

Ainsi deux frères sont au premier degré (1), car il n'y a qu'une génération entre chaque frère et leur père qui est la souche commune; deux cousins germains sont au second degré, car il y a deux générations de chaque côté, celle du cousin et celle de son père, le père de ce dernier, aïeul du cousin, étant l'auteur commun. Il y a trois degrés entre deux cousins issus de germains et quatre degrés entre les enfants de ces derniers.

Les degrés sont inégaux lorsque l'un des parents est plus éloigné que l'autre parent de la souche commune (2). Dans ce cas le degré le plus éloigné emporte le plus proche, et les collatéraux sont éloignés entr'eux d'autant de degrés que le plus éloigné est éloigné de la souche commune. "*In linea collaterali inæquali* "*remotior trahit ad se viciniorem, id est, quoto gradu remotior distat a communi stipite, toto distant inter se* (3)." Ainsi l'oncle et le neveu sont au second degré, car entre le neveu et son aïeul, père de l'oncle, il y a deux générations, celle du neveu et celle de son père qui est le frère de l'oncle. Entre vous et le cousin germain de votre père, il y a trois degrés parce qu'il y a trois générations depuis vous jusqu'à votre bisaïeul qui est la souche commune, savoir la vôtre, celle de votre père et celle de votre aïeul.

---

(1) Il y a un premier degré en collatérale d'après la supputation canonique. D'après cette même supputation, lorsque les degrés sont égaux, un degré *canonique* comprend deux degrés *civils*.

(2) On dit quelquefois, dans ce cas, qu'il y a parenté d'un degré à un autre, V. G. du premier degré au second degré, du second degré au troisième degré, du troisième degré au quatrième degré et ainsi de suite. Ainsi on dit que l'oncle et la nièce sont parents du premier au second degré ; que la parenté qui existe entre vous et la petite-fille de votre cousin germain est une parenté du second au quatrième degré, etc.

(3) Engel *loc. cit.*

Dans l'affinité il n'y a pas de véritables degrés, car il n'y a pas de générations "*gradus autem adfinitatis nulli sunt* (1)" et par conséquent, il n'y a pas d'auteur commun. Cependant comme l'affinité est l'image de la parenté, qu'elle est elle-même une parenté civile et fictive, on a imaginé des degrés comme dans la parenté réelle. Ces degrés d'imitation sont comme les véritables degrés de parenté et, en conséquence, les règles que je viens de rapporter sont applicables. "Ainsi pour connaître les degrés entre le mari et les parents de la femme, et les degrés entre la femme et les parents de son mari, il n'y a qu'à suivre les degrés de parenté qui sont entre l'un des deux conjoints et ses parents (2)." Il suit de là qu'un mari est l'allié des parents de sa femme au même degré que sa femme est leur parente et *vice versâ*. Le père de votre femme est votre allié au premier degré de la ligne directe ascendante, l'aïeul de votre femme est votre allié au second degré de la même ligne. Le fils de votre femme est votre allié au premier degré de la ligne directe descendante, le petit-fils de votre femme est votre allié au second degré de la même ligne. Dans la ligne collatérale, la sœur de votre femme est votre alliée au premier degré canonique et au second degré civil ; la cousine germaine de votre femme est votre alliée au second degré canonique et au quatrième degré civil ; et ainsi des autres parents.

III

L'affinité est-elle susceptible d'extensions ? Faut-il nécessairement la limiter aux parents d'un époux relativement à l'autre époux ; en d'autres termes, n'y

(1) ff. L. 4, §. 5 *De grad. et adf.*
(2) Ferrière, sur les *Institutes de Justinien*, Liv. 1. Tit. 10, § 6.

a-t-il que les parents d'un époux qui soient les alliés de l'autre époux ? Les alliés d'un époux ne peuvent-ils pas réclamer le même privilège à l'égard de l'autre époux ?

L'affinité ne produit pas l'affinité, *affinitas non parit affinitatem*, car pour qu'elle pût la produire il faudrait pouvoir établir, au moins fictivement, entre un époux et les alliés de l'autre époux, ou entre les familles respectives de deux époux, les divers rapports qui caractérisent la parenté, soit directe, soit collatérale, ce qui est impossible.

" L'affinité " dit Saint Thomas, " ne produit pas " l'affinité. Les parents d'une femme ne sont liés par " aucune parenté aux parents de son mari ; à plus " forte raison en est il de même des alliés de cette " femme. D'ailleurs, l'affinité n'est pas un LIEN de " la même espèce que la parenté. L'épouse seule " devient parente (1) avec les consanguins de son " époux au même degré que lui (2)." Le mari seul pareillement devient allié avec les parents de sa femme au même degré qu'elle. Ainsi les alliés de ma femme ne sont pas mes alliés, sa belle-mère, *marâtre*, la seconde femme de son père, n'est pas ma belle-mère quoique son père soit mon beau-père. Mes alliés pareillement ne sont pas les alliés de ma femme ; ainsi mon beau-frère, le mari de ma sœur, n'est pas le beau-frère de ma femme quoique ma sœur soit sa belle-sœur. Les enfants que chacun des époux a eus d'un précédent mariage sont aussi complètement étrangers les uns aux autres ; ceux de la femme sont les alliés du mari et ceux du mari sont les alliés de la femme, mais ils ne sont pas alliés ensemble.

---

(1) Saint Thomas n'entend pas ici la parenté véritable, mais seulement la parenté civile qui est l'affinité.

(2) *Petite somme de Saint Thomas d'Aquin*, supplément à la troisième partie. Question 55, No. 5.

Ce principe incontestable ne fait pas de doute et il est enseigné par les canonistes, les théologiens et les jurisconsultes tant anciens que modernes (1). Tous s'accordent à dire que l'affinité est le rapport qui existe entre un époux et les parents de l'autre époux. On n'en trouve pas un seul qui enseigne que l'affinité est aussi le rapport qui existe entre un époux et les alliés

---

(1) Voyez entr'autres :

1o. Parmi les Canonistes et les Théologiens : Saint Thomas, déjà cité.—*Les Conférences Ecclésiastiques de Paris sur le Mariage*, éd. de 1767, T. 2, page 302. Gousset, *Théologie Morale*, T. 2, 2e éd., No. 813.—L'Abbé André, *Cours de Droit Canon*, Vo. *Affinité*.—Guillois, *Explication du Catéchisme*, 8e éd. T. 3, page 557.—Maupied, *Juris Canonici Compendium*. T. 1, page 1471.

2o Parmi les anciens jurisconsultes, c'est-à-dire qui ont écrit avant la promulgation du Code Napoléon :

Boutaric, *Explication de l'Ordonnance de* 1667, page 476.—Ferriere, *Dictionnaire de Droit*, Vo. *Affinité*.—Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, 3e Partie, Chap. 3, Art. 5, § 3.—Guyot, *Répertoire de Jurisprudence*, T. 6, Vo. *Empêchements, de Mariage*, page 671, 1ère colonne.

4o. Enfin parmi les auteurs modernes : Pailliet, *Manuel de Droit Français*, page 53, *notes*.—1 Delvincourt, *Cours de Code Civil, notes*, page 131. 1 Carré et Chauveau, *Les Lois de la Procédure Civile*, page 18, *notes*.—9 Toullier, *Droit Civil Français*, pages 440 et suivantes. Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, Vo. *Empêchements de Mariage*, § 4, Art. 3, No. 1. Favard de Langlade, *Répertoire du Notariat*, Vo, *Affinité* et *Alliance*. 1 Vazeille, *Traité du Mariage*, No. 107.—1 Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, 6e éd. page 387.—*Les Codes Annotés* de Sirey, sur l'article 162 du Code Napoléon, No. 1. *Répertoire de la Jurisprudence du Notariat*, Vo. *Alliance*. *Dictionnaire du Notariat*, Vo. *Alliance*, Nos. 19 et 20. Dalloz, *Dictionnaire Général de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence*, Vo. *Parenté et Alliance*, No. 16.—Leroy, dans l'*Encyclopédie du Droit* de Sebire et Carteret, Vo. *Alliance-Affinité*, No. 8, —3 Demolombe, *Cours de Code Civil*, No. 115.—1 Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, Art. 162.—1 Allemand, *Traité du Mariage et de ses effets*, page 74. —Nougarède, *Lois du Mariage*, page 299.

de l'autre époux. S'il en était autrement, c'est à-dire si l'affinité produisait l'affinité, on se trouverait dans des embarras extrêmes car toutes ces générations créeraient une telle confusion qu'il serait presque impossible de les discerner et d'appliquer les conséquences juridiques qui en découleraient.

Si vos alliés ne sont pas les alliés de votre femme et si les alliés de votre femme ne sont pas vos alliés, il suit, à plus forte raison, qu'il n'existe aucun lien de parenté ou d'affinité entre vos parents et les parents de votre femme. Ainsi votre père et la mère de votre femme, votre frère et la sœur de votre femme sont, à l'égard les uns des autres, complètement étrangers.

Dans le langage ordinaire, on donne le nom d'alliés à des personnes qui nous sont parfaitement étrangères. Ainsi on appelle beau-père le second mari de notre belle-mère, beau-frère le mari de notre belle-sœur, oncle le second mari de celle qui est notre tante par affinité, c'est-à-dire qui été précédemment mariée avec notre oncle. Mais aucun lien ne nous unit à ces personnes, *affinitas non parit affinitatem.* Les convenances sociales exigent, jusqu'à un certain point, ces diverses qualifications, et le vulgaire les caractérise en disant qu'un *tel* est beau-père, beau-frère, oncle ou cousin d'un *tel* par *politesse.* L'usage et les habitudes de la société de trouver une alliance en ces cas ne peuvent pas changer légalement les relations.

L'affinité, je l'ai déjà observé plus haut, imite la parenté avec qui elle a beaucoup d'analogie, mais elle n'est pas une parenté véritable et réelle, elle est une parenté fictive et civile qui, dans certaines circonstances, a les mêmes effets que la parenté réelle, mais qui en diffère essentiellement sous d'autres rapports. Si cette affinité produisait une autre affinité, il s'ensuivrait que la fiction produirait une fiction, ce qui ne peut pas se concevoir en droit civil.

Tous les jours on soulève des difficultés relativement à l'affinité. On prétend que les alliés d'un conjoint sont les alliés de l'autre conjoint et on veut en tirer des conséquences qui entravent la marche des affaires dans les différentes matières où la loi parle de l'affinité. Qu'il soit donc compris une fois pour toutes que l'affinité ne produit pas l'affinité et que la prétention contraire est tout simplement une hérésie légale.

Je ne sais pas si cette question d'extension d'affinité s'est déjà présentée devant nos tribunaux. J'ai fait beaucoup de recherches pour m'en assurer, mais j'ai parcouru en vain un grand nombre de volumes de décisions. La question s'est présentée en France. Une cour de justice criminelle, celle du département de la Côte-d'Or, siégeant à Dijon, ayant, le 16 Germinal an 13 (1), jugé que la femme du beau-frère d'un individu était la belle-sœur de cet individu, ce qui faisait produire à l'affinité des effets qu'elle n'a pas, la cour de Cassation, faisant une juste application des principes, a cassé son arrêt.

" Attendu," dit l'arrêt de la cour de Cassation (2), " que l'alliance dont parle cet article (3), est celle qui se contracte par le mariage entre l'un des conjoint et les parents de l'autre ; qu'un époux n'a par consés quent pour alliés du chef de son conjoint que ceux qui en sont les parents ; et qu'ainsi, les alliés de ce dernier ne lui sont rien, dans l'acception juridique de ce mot ;

---

(1) 6 Avril 1805.

(2) L'arrêt de la Cour de Cassation a été rendu le 5 Prairial de la même année, 25 Mai 1805.

(3) L'article 258 du Code des Délits et des Peines du 3 Brumaire an 4. Cet article portait que, dans les procès de grand criminel, certains parents et alliés de l'accusé, entre autres son frère et sa sœur, et ses alliés au même degré, ne pourraient pas être entendus en témoignage, soit à la requête de l'accusé, soit à celle de l'accusateur public, soit à celle de la partie plaignante.

" Que cependant l'arrêt attaqué a étendu l'effet de cette alliance, même aux alliés du conjoint, puisqu'il a décidé que la femme du beau-frère de l'accusé était, comme son mari, belle-sœur de l'accusé ; d'où résulte une fausse application évidente de l'acticle 358 ci-dessus cité. Par ces motifs, la cour casse, etc."

J'ai reproduit cet arrêt parce qu'il consacre un principe admis dans notre droit canadien (1).

Ce principe que l'affinité ne produit pas l'affinité était admis en Droit Romain (2). On peut en voir l'application au premier livre des Institutes, Titre 10, *De Nuptiis*, §. 8, et dans les lois 4, §. 3, D, *de Gradibus et Adfinibus*, et 34, §. 2, D, *de Ritu Nuptiarum*. La loi 15, *au même titre*, n'est pas contraire, car la prohibition de mariage qu'elle comporte est fondée sur une raison de bienséance et d'honnêteté publique, et non sur une affinité qui n'existe pas et qui ne peut pas exister.

Autrefois, en matière de mariage, les canonistes distinguaient non seulement l'affinité proprement dite, c'est-à-dire celle qui est définie *suprà*, et qu'ils appelaient l'affinité du premier genre, mais encore deux autres espèces d'affinités, celle qu'ils appelaient l'affinité du second genre et celle qu'ils appelaient l'affinité du troisième genre (3).

Les canonistes avaient introduit les deux derniers genres d'affinités plutôt par un motif de bienséance et d'honnêteté publique que pour tout autre motif. Ils

(1) Cet arrêt est rapporté par Toullier, T. 9, page 442, et par Merlin, *Répertoire de Jurisprudence* Vis. *Empêchements de Mariage* §. 4, Art. 3 No. 4, et *Temoin Judciaire*, §. 1, Art. 3, No. 9.

(2) Pothier, *Contrat de Mariage*, No. 161.

(3) Ces trois espèces d'affinités consistaient dans " l'affinité de deux familles, l'affinité de trois familles, l'affinité de quatre familles." (*Conférences Ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, Liv. 4, 3e Conférence, §. 2.)

avaient pour exemple la loi romaine (1) que je viens de citer, laquelle prohibait le mariage entre certaines personnes quoiqu'elles ne fussent pas réellementalliées entre elles.

Ces divers genres d'affinité se contractaient :

" Le premier, entre le mari et les parents de sa femme, et entre la femme et les parents de son mari ;

" Le second, entre le mari et les alliés de sa femme, et entre la femme et les alliés de son mari ;

" Le troisième, entre le mari et les alliés des alliés de sa femme, et entre la femme et les alliés des alliés de son mari ;

" En sorte que, si le mari, non-seulement de ma fille ou de ma sœur, mais même de ma tante ou de ma cousine germaine ou issue de germaine, devenu veuf, se remariait, je ne pouvais pas épouser sa veuve, parce qu'il était censé exister entre elle et moi une affinité du second genre ;

" Et que, si la femme, non-seulement de mon fils ou de mon frère, mais même de mon oncle ou de mon cousin germain ou issu de germain, devenue veuve, se remariait et, que son second mari, devenu veuf à son tour, se remariât également, et que sa seconde femme devint veuve, il était censé exister entre elle et moi une affinité du troisième genre qui formait un obstacle à un mariage entre nous deux (2).i'

Les deux derniers genres d'affinités ont éte abrogés par le quatrième concile général de Latran (3) tenu en 1215 sous le Pape Innocent III. " *Cum prohibitiones de conjugio in secundo et tertio affinitatis genere minimè*

(1) Loi 15, ff. *De Ritu Nuptiarum*

(2) Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, Vo. *Empêchements de Mariage*, §. 4, art. No. 4.

(3) Les divers conciles généraux de Latran sont ainsi nommés parce qu'ils ont été tenus dans la célèbre basilique de Saint Jean de Latran, à Rome.

contrahendo, et de sobole susceptâ ex secundis nuptiis cognationi viri non copulandâ prioris, et difficultatem frequenter inducant, et aliquando periculum pariant animarum : cum cessante prohibitione cesset effectus, constitutiones super hoc editas, sacri approbatione concilii revocantes, præsenti constitutione decernimus, ut sic contrahentes de cœtero liberè copulentur (1)."

L'église, depuis le concile de Latran, n'a plus reconnu qu'une seule affinité, celle du premier genre. Le concile de Trente n'a apporté aucun changement à cette doctrine et elle est encore aujourd'hui dans toute sa vigueur.

Le droit civil, comme le droit canon, ne reconnaît que l'affinité du premier genre ou affinité proprement dite, et hors de cette affinité et de la parenté il n'y a plus que des étrangers. Ainsi lorsque la loi frappe de nullité les actes faits par les parents et alliés, elle n'atteint pas ceux de ces actes qui sont faits par les parents et alliés de l'allié ni ceux faits par le conjoint de l'allié.

IV

Pendant combien de temps l'affinité dure-t-elle? Cesse-t-elle par la mort de la personne qui la produisait lorsque cette personne n'a pas laissé d'enfants de son mariage? Et si l'existence d'enfants conserve l'affinité, cette affinité cesse-t-elle par la mort de ces enfants? Enfin, en supposant que l'affinité survive à la personne qui la produisait, le conjoint survivant qui, n'ayant pas d'enfants de son mariage, se remarie à une autre personne, continue-t-il à être l'allié des parents de son conjoint prédécédé?

Les auteurs français qui ont écrit sur ces questions sont profondément divisés.

---

(1) Chapitre *Non debet*, Titre des décrétales *de consanguinitate et affinitate*.

Les uns prétendent que la mort sans enfants, du conjoint qui produisait l'affinité, fait cesser et anéantit cette dernière, que son ombre même n'existe plus, *mors omnia solvit.* Ils se fondent principalement sur l'article 206 du Code Napoléon dont la disposition est reproduite dans l'article 167 du Code Civil du Bas-Canada. Voici le texte de ces deux articles :

" Les gendres et belles-filles doivent également et dans les mêmes circonstances des aliments à leurs beau-père et belle-mère ; mais cette obligation cesse :

1. Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ;

2. Lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et les enfants de son union avec l'autre époux sont décédés. (C. N. Art. 206 ; C. C. B. C., Art. 167). —Ils invoquent aussi certaines autres dispositions spéciales des lois françaises (1).

Les autres, et c'est le plus grand nombre, enseignent avec raison que l'affinité dure toute la vie de la personne en qui elle se rencontre, même si son conjoint, qui la produisait, est prédécédé sans laisser d'enfants de son mariage (2). La jurisprudence est généralement conforme à cette doctrine.

C'est cette dernière opinion que l'on doit suivre

---

(1) Toullier, *Droit Civil Français*, T. 9, No. 288, et Duranton, *Cours de Droit Français*, T. 3, No. 458, note, adoptent aussi cette opinion.

(2) Favard de Langlade, *Rép. du Not. Vo. Alliance.* Zachariæ, *Cours de Droit Civil Français*, T. 1, page 78, § 84, note 9. Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. I, pages 389 et 390. *Les Codes annotés* de Sirey, *loc. cit. Supplément*, art. 162. *Répertoire de la Jurisprudence du Notariat* Vo. *Alliance*, No. 15. *Dictionnaire du Notariat*, Vo. *Alliance*, No. 35. Dalloz, *Dictionnaire de Législation, etc.* Vo. *Parenté*, No. 10. Encyclopédie du Droit de Sebire et Carteret, *loc. cit.*, No. 20. Demolombe, *Cours de Code Civil*, T. 3, No. 117, et T. 7, No. 255. 1 Marcadé, *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*, page 428, note. Gousset, *Théologie Morale*, T. 2, 8e éd. No. 815.

dans notre droit canadien, et c'est la seule rationnelle. L'article 167 n'est pas contraire, car le Code, par la disposition de cet article, fait simplement disparaitre certains effets civils de l'affinité. Il conserve ces effets pour tous les autres cas non spécifiés. Il est impossible de trouver dans nos lois un seul mot qui puisse faire induire la destruction de l'affinité du fait que l'époux qui la produisait est mort sans laisser d'enfants. C'est bien le cas d'appliquer cette maxime dont on fait ordinairement un si grand abus : *qui dicit de uno, negat de altero.*

Quelques anciens auteurs (1). entr'autres Pothier, *Traité des Personnes*, Titre 6, § 2, adoptant la fausse maxime de Loysel, *morte ma fille, mort mon gendre*, (2) enseignaient que l'affinité s'éteint par le décès, sans enfants, du conjoint qui l'avait produite: V. G. que Pierre, l'époux de Julie, n'était plus l'allié des parents de Julie si cette dernière mourait avant lui sans laisser d'enfants de son mariage, ou si les enfants du mariage venaient eux-mêmes à mourir avant Pierre. Mais cette doctrine n'était pas généralement suivie, même dans les Pays de Droit Ecrit. Et cependant le droit romain, qui régissait ces pays, a plusieurs dispositions concernant l'extinction de l'affinité. Voyez les Institutes de Justinien, Titre *de Nuptiis*, § 2, et la loi

---

(1) Voyez : Meslé, *Traité des Minorités, etc.*, éd. de 1785, pages 118 et 279. *Le Règlement des Tutelles du Parlement de Rouen*, Art. 20, et les observations de Cauvet sur cet article.

(2) *Institutes Coutumières*, Liv. 1, Titre II, Règle XXXII.

Les annotateurs de Loysel ajoutent ; "*La raison est que la fille* "*est le principe de l'affinité qui est entre la belle-mère et le gendre.*"

Il est vrai que la fille est le principe de l'affinité qui est entre la belle-mère et le gendre, mais il est vrai aussi que cette affinité est tellement attachée à la personne du mari, qu'elle en est inséparable et qu'il continue à être le gendre de la mère de sa femme même après la mort de cette deonière.

3, § 1, *ff. de postulando.* Il est vrai cependant que la loi 5, Cod., *De Verborum significatione*, a une disposition qui admet la continuation de l'affinité après la mort, sans enfants, du conjoint qui la produisait Mais quand bien même on aurait, dans l'ancien droit, généralement adopté la maxime de Loysel, on aurait jugé erronément et contre la nature des choses.

L'erreur de ceux qui tenaient que l'affinité cessait par le décès, sans enfants, de l'époux qui l'avait produite, était d'autant moins excusable qu'ils admettaient les effets de cette affinité tels que les entendait le droit canonique. Or le droit canonique admettait la perpétuité de l'affinité puisqu'il la déclarait un obstacle *perpétuel* au mariage que les alliés voulaient contracter entr'eux.

Ainsi l'affinité, une fois contractée, est, comme la parenté elle-même dont elle est l'image, inhérente à la personne en qui elle se rencontre, et elle ne finit qu'avec la vie de cette personne. C'est une qualité qui ne peut pas se perdre, quoiqu'il advienne, elle est essentiellement perpétuelle. *Quo autem affinitas est quodcumque accidit, perpetua* (1). " L'affinité ne cesse pas tant que subsistent les personnes avec lesquelles on l'a contractée, bien que la personne à cause de laquelle elle s'est produite ne soit plus existante. La raison en est qu'elle provient de l'existence du lien de deux personnes, et non pas seulement de leur union actuelle (2)." Si vous avez épousé Marie, vous êtes devenu l'allié de ses parents dans chaque ligne et à tous les degrés. Cette continuation d'affinité aura lieu même si Marie n'a pas laissé d'enfants de son mariage avec vous. Elle aura encore lieu si vous convolez en

(1) *Cap. Fraternitatis*, 35, *quæst.* 10.

(2) *Petite Somme de St. Thomas d'Aquin*, supplément à la troisième partie, question 55, No. 2.

secondes noces. Même dans ce cas vous serez toujours le gendre du père et de la mère de Marie, ses frères et sœurs seront toujours vos beaux-frères et belles-sœurs ; vous serez toujours le neveu de ses oncles et tantes et l'oncle de ses neveux et nièces, ses cousins seront toujours vos cousins.

Puisque l'affinité dure toute la vie de la personne en qui elle se rencontre, il suit nécessairement que (sauf les exceptions expresses de la loi (1), les droits, les devoirs et les obligations, les prohibitions et les incapacités qui en découlent continuent d'exister comme elle.

V

Avant de laisser cette matière, je dois examiner une importante question qui n'a jamais, que je sache, été traitée ici.

Pour qu'il y ait *affinité* entre un conjoint par mariage et les divers membres de la famille de l'autre conjoint, est-il nécessaire que cet autre conjoint et les membres de la même famille aient co-existé ? En d'autres termes, pour qu'il y ait affinité entre vous et les divers membres de la famille de votre femme, est-il nécessaire que ces divers membres aient existé en même temps que votre femme, c'est-à-dire qu'ils soient nés ou au moins qu'ils aient été conçus pendant que votre femme vivait ?

Il me semble que cela n'est pas nécessaire et qu'il y a affinité sans effet rétroactif et sans faire produire à l'affinité une autre affinité.

Je crois que le mariage, par sa propre énergie, a créé l'affinité entre chaque conjoint et la famille de l'autre conjoint, non-seulement avec les membres de cette famille alors vivants ou qui vivront simultané-

(1) C. C. art. 167.

ment avec le conjoint, mais même avec ceux qui, après la mort du conjoint, viendront accroître la famille à laquelle il a appartenu. Et ce n'est pas là faire produire l'affinité à l'affinité, chose impossible, car le conjoint est bien réellement, par son mariage, membre de la famille de son conjoint. Or, s'il est membre de cette famille, il s'établit une relation entre lui et chaque membre nouveau de la famille. Il ne pourrait en être autrement que si l'affinité était éteinte par le décès du conjoint, et on a vu plus haut que l'affinité est perpétuelle et que ses effets ont le même caractère de perpétuité.

C'est par la propagation du sang que se forme et se perpétue la parenté. " La consanguinité " dit St. Thomas (1) " est un lien contracté par la propagation " du sang entre les personnes qui descendent d'une " même souche." Or le sang qui coule dans les veines du membre de la famille de votre femme, conçu après la mort de cette dernière, est le même sang qui coulait dans les veines de votre femme, le même sang qui coule dans les veines des membres de sa famille qui ont co existé avec elle. Et cela suffit pour servir de base à l'affinité qui s'établit entre un conjoint et ceux qui sont du même sang que l'autre conjoint. Par l'affinité ou parenté civile chaque conjoint est réputé être du même sang que son conjoint et les parents de son conjoint (2), et l'affinité est perpétuelle, d'où il suit nécessairement que cette affinité existe même avec

---

(1) *Petite somme de St. Thomas d'Aquin*, t. 4, page 570.

(2) " L'union conjugale qui identifie les deux époux pour n'en " plus faire qu'une seule et même personne, établit entre l'un " d'eux et les parents de l'autre un lien pareil à celui du sang. " En épousant la fille, en épousant le fils, on devient le fils, on " devient la fille des père et mère de l'autre conjoint. Ce n'est " plus désormais qu'une seule et même famille dont les intérêts " sont confondus." (9 TOULLIER, *Droit Civil Français*, n 750).

ceux qui sont nés et ont été conçus après la mort du prédécédé des conjoints.

Ainsi si vous avez épousé Claire, la fille de Pierre et de Virginie, vous êtes le beau-frère de tous les autres enfants de Pierre et de Virginie vivants lors de votre mariage. Et à mesure que Pierre et Virginie auront des enfants, ces enfants deviendront vos beaux-frères. Bien plus, si, après la mort de Claire, votre femme, qu'elle ait laissé des enfants de son mariage avec vous ou qu'elle n'en ait pas laissé, il survient d'autres enfants à Pierre et à Virginie, vos beau-père et belle-mère, ces nouveaux enfants seront aussi vos beaux-frères. (1) Ils ne seront pas vos beaux-frères parce que Pierre et Virginie sont vos beau-père et belle-mère, *affinitas non parit affinitatem*, mais ils le seront parceque le caractère d'affinité qui vous a été imprimé par votre mariage avec Claire est un caractère perpétuel qui vous a fait membre perpétuel de la famille de Claire, caractère qui n'est pas changé par la mort de cette dernière. Ces enfants sont vos beaux-frères, Claire étant morte, comme ils l'auraient été Claire étant vivante, car la co-existence n'est pas requise pour qu'il y ait affinité. Il me semble que non-seulement la nature, mais même l'essence de l'affinité l'exige.

Ainsi vous ne pourrez pas plus épouser la fille née de Pierre et de Virginie après la mort de Claire que vous ne pourriez épouser leur fille ayant co-existé avec Claire. S'il en était autrement, il s'ensuivrait cette conséquence absurde que, de deux filles nées du même père et de la même mère, tous deux père et mère de votre femme décédée, vous ne pourriez pas devenir l'époux de celle qui est née avant la mort de

(1) Ils le seront même si vous étiez remarié lors de leur conception. Voyez *suprà*.

votre femme, sa sœur, et vous pourriez impunément vous marier avec celle qui est née après cette mort et qui est considérée comme une étrangère. L'enseignement théologique proscrit cette distinction, et notre droit civil doit la proscrire également car, (sauf quelques exceptions clairement exprimées dans la loi), il accepte, en matière de mariage, la doctrine de l'Eglise. (1)

Il est bien vrai que la fille de Pierre et de Virginie née après la mort de Claire, ne peut pas hériter de cette dernière (2), car *le mort saisit le vif* (3) ; mais le cas de succession est un cas exceptionnel. C'est une situation particulière relative à certains intérêts matériels et qui ne peut pas avoir d'influence sur les autres situations dans lesquelles, à un moment donné, peuvent se trouver les membres de la même famille.

Les principes ci-dessus ne doivent pas prévaloir seulement en matière de mariage, mais ils doivent aussi prévaloir dans les matières civiles ordinaires, car autrement les conséquences ne seraient pas moins absurdes quoiqu'étant d'un ordre de choses moins élevé. Prenons pour exemple la récusation du juge pour cause d'affinité. Louis, veuf de Claire, fille de Pierre et de Virginie, est juge de première instance. Pierre étant mort, ses deux seuls enfants survivants, qui sont ses seuls héritiers, Jean, né pendant la vie de Claire, et Jacques, né après la mort de cette dernière, intentent contre moi, en leur qualité d'héritiers de

---

(1) Voyez l'article 127 du Code Civil.

(2) Voyez la loi 6, ff. *De suis et legitimis heredibus.*

(3) *Coutume de Paris*, art. 318.

Cette ancienne règle de notre droit coutumier est reproduite par l'article 608 du Code Civil :

" Pour succéder il faut exister civilement à l'instant de l'ouverture de la succession ; ainsi sont incapables de succéder :

" 1. Celui qui n'est pas encore conçu, etc., etc."

Pierre, une action en interruption de prescription. (1) L'action est portée à la Cour Supérieure de Montréal et elle est appelée devant Louis, veuf de Claire. Comme vous le voyez, les intérêts de Jean et de Jacques sont identiques et procèdent de la même cause. Si Louis, le juge devant qui la cause est appelée, n'est le beau frère que de Jean, frère de sa femme décédée et né avant la mort de cette femme, et n'est pas le beau-frère de Jacques né après la mort de cette même femme, il s'ensuivra cette conséquence absurde que je pourrai récuser Louis comme allié de Jean, et que je ne pourrai pas le récuser comme allié de Jacques. L'absurdité sera bien plus évidente s'il s'agit de l'exécution d'une obligation indivisible, soit matériellement, soit intellectuellement (2), que j'ai contractée envers Pierre. Si Jean et Jacques, les deux seuls héritiers de Pierre, me poursuivent ensemble (3), et que la cause soit appelée devant Louis, je ne pourrai récuser ce dernier que relativement à Jean et il sera tenu de juger relativement à Jacques. Quant à Jean, il faudra procéder devant un autre juge.

Ces mêmes conséquences absurdes auraient lieu s'il fallait prendre l'avis du conseil de famille de Jean et de Jacques, encore mineurs, soit pour leur nommer un tuteur [4] soit pour l'aliénation de leurs immeubles [5], soit pour toute autre cause. Je suppose qu'il s'agit de l'aliénation de leurs immeubles qui est l'un des cas les plus graves dans lesquels les intérêts des mineurs ont besoin de protection et de surveil-

(1) C. C., art. 2230.

(2) C. C. art. 1124,

(3) Chaque co-héritier ou représentant légal du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible. [C.C. art. 1129].

(4) C. C., art. 251.

(5) C. C., art. 297.

lance. Dans le cas de Jean, l'avis du conseil de famille sera nul si on appelle un parent ou un allié plus éloigné que Louis et si on laisse ce dernier de côté ; dans le cas de Jacques, au contraire, l'avis sera nul si on préfère Louis, considéré comme un simple étranger, à un parent ou allié ; on ne pourrait l'appeler que dans le cas de défaillance de la parenté et de l'affinité, et simplement comme ami.

Ces conséquences ou plutôt ces inconséquences suffiraient pour faire proscrire cette singulière doctrine si elle n'était pas contraire à la nature et à l'essence de l'affinité qui tient aux entrailles même de la famille. D'ailleurs une famille ne peut pas se fractionner de manière qu'une partie soit alliée au conjoint d'un de ses membres prédécédé, et que l'autre partie lui soit étrangère. Et en décidant ainsi, on ne fait pas produire l'affinité à l'affinité, car, je le répète, elle a été produite au commencement par le mariage qui a été contracté ; et elle a été produite non-seulement avec chaque membre de la famille, mais avec la famille elle même. Et cette affinité est tellement inhérente à la f mille qu'elle atteint chacun de ses membres nouveaux à mesure qu'ils naissent, même si cette naissance n'a lieu qu'après le décès du conjoint membre de cette famille.

Un célèbre jurisconsulte moderne, dont les œuvres justement estimées jouissent d'une grande autorité dans la Province de Québec, Demolombe, enseigne une doctrine contraire.

Voici ce qu'il dit [1]:

" L'alliance qui ne se forme que par le mariage, ne " peut dès lors s'établir qu'entre l'un des époux et " ceux des parents de l'autre, qui ont été conçus " avant la dissolution du mariage. J'épouse Sophie,

---

(1) *Cours de Code Civil*, t. 3, no 114.

" fille de Pierre et de Jeanne. Sophie meurt, et c'est " seulement après sa mort que Pierre et Jeanne, mon " beau-père et ma belle-mère ont une autre fille, Julie. " Cette nouvelle fille sera-t-elle mon alliée, ma belle-" sœur ? Je ne le crois pas. En effet je ne pourrais " être l'allié de Julie que par ma femme ; je ne pour-" rais être son beau-frère qu'autant que ma femme " aurait été sa sœur ; or ma femme étant décédée " avant la naissance ou plutôt avant la conception de " Julie, n'a jamais été sa parente ; la parenté est une " relation, un lien, qui ne peut se former qu'entre " deux personnes qui co-existent en même temps et " simultanément ; aussi cette nouvelle fille n'aurait-" elle aucun droit à la succession de Sophie [art. 725 " (1) ; ma femme dès lors n'a pas été sa sœur ; donc " je ne saurais être son beau-frère.

" Ces motifs étant les mêmes dans tous les cas, soit " qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas d'enfants de mon " mariage avec Sophie, je n'admettrais pas de distinc-" tion.

" Il me semble donc que je pourrais épouser Julie " [2], même sans dispense, et ne dites pas que Julie

---

(1) L'article 725 du Code Napoléon correspond à l'art. 608 de notre Code.

(2) Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. 2, sur l'article 162, dit :

" L'alliance existe-t-elle entre l'un des époux et les parents " de l'autre, s'ils ont été conçus depuis la dissolution du ma-" riage ; par exemple, après la mort de ma femme, pourrais-je " épouser une fille survenue à ses père et mère depuis cet " évènement ? Cette nouvelle fille sera-t-elle mon alliée ?——— " Ma femme, peut-on dire, n'a jamais été sa parente ; donc je " ne puis être son beau-frère ; par conséquent, le mariage peut " avoir lieu (Demolombe, No 144. ——— Cependant, il faut re-" connaître qu'un tel mariage répugnerait tout au moins aux " convenances sociales."

Je n'ai pas trouvé d'autres auteurs qui traitent cette question.

" étant la fille de mon beau-père et de ma belle mère, " doit par eux devenir ma belle-sœur——— Je ne suis " que l'allié de mon beau-père et de ma belle-mère ; " or, l'alliance, comme nous allons le voir, ne produit " pas d'alliance : *affinis, affinem non generat.* [L. 4, " § 8, ff. *de Grad. et Affi.*]

" Le droit romain prévoit une hypothèse à peu " près semblable : une femme divorcée a une fille " depuis la prononciation du divorce ; cette fille " est-elle l'alliée, la belle-fille de l'ancien mari de " cette femme ? C'est le mariage qui produit l'alliance; " or, au moment où cette fille a été conçue, le mariage " n'existait plus et sa mère ne tenait désormais par " aucun lien à son ancien époux ; donc elle n'est pas " son alliée [2], puisqu'elle ne pourrait se rattacher " à lui que par sa mère...... *hœc quidem non est privi-* " *gna tua.* [§ 9, *Inst. de Nuptiis.*]"

Il me semble que cette doctrine de Demolombe serait cause d'embarras considérables si elle était suivie dans la pratique, car il faudrait à chaque instant scinder des intérêts identiques. D'ailleurs elle ne peut pas être suivie en matière de mariage, car la doctrine du droit canonique n'admet pas la distinction fondée sur la co-existence.

---

(2) " Il doit cependant s'abstenir de l'épouser, *Verum nuptiis* " *ejus abstinendum,*" (L. 12, § 3, ff. *de Ritu Nuptiarum*). " car " il faut toujours considérer dans les mariages, non-seulement " ce qui est permis, mais encore ce qui est honnête, *semper in* " *conjunctionibus, non solum quid liceat considerandum est,* " *sed et quid honestum sit.*" (L. 42, ff. *eod. tit.*)

" Si la femme que vous avez répudiée, a une fille d'un autre " mariage, cette fille n'est pas votre belle-fille ; cependant " Julien dit que vous devez vous abstenir de l'épouser." *Insti-* " *tutes.* Liv. 1, Tit. 10, § 9 *de Nuptiis*).

Ainsi le droit romain crée un empêchement d'honnêteté publique dans le cas cité par Demolombe.

VI

L'affinité est de tous les temps et de toutes les législations. Les hommes ont toujours considéré comme un proche le conjoint de leur proche. Quant aux effets de l'affinité, ils ont varié avec les différentes époques et suivant les lois et les mœurs de chaque peuple.

E. A. BEAUDRY.

Législation.—Si l'on doit se garder de la refonte absolue des lois, qui fait naître les questions transitoires et les procès, il ne faut pas que les retouches et les amélioratious restent en dehors du Code sous forme de lois supplémentaires. Si la nécessité d'une modification se fait sentir, il fant que l'unité du texte soit toujours conservée, que la disposition nouvelle soit incorporée dans la loi générale et habilement fondue dans son ensemble. C'est au moyen de l'insertion *d'authentiques* (comme disaient les anciens glossateurs) que l'on devra réformer les passages à corriger, en sorte que l'article nouveau prenne la place de l'article abrogé.—*Philosophie de C. P. C., Bordeaux, p.* 102.

Voltaire, grand plaideur, eut souvent l'occasion de manifester sa rancune contre la Magistrature. On rapporte qu'interrogé au sortir d'une audience sur ce qu'il y avait remarqué, il répondit : " J'ai vu la justice d'un côté et les juges de l'autre."

INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIEE DE DONNER UN MANDAT GÉNERAL DE DISPOSER DE SES IMMEUBLES

Une femme donne à son mari ou à un tiers un man dat général à l'effet d'administrer tous ses biens, d'emprunter des sommes dont le montant n'est pas déterminé, d'hypothèquer et de vendre ses immeubles aux conditions qu'il avisera. Quelle est la valeur de ce mandat ? Le mandataire peut-il faire tous les emprunts qu'il croira nécessaires pour la femme, peut-il vendre tous ses immeubles ?

Si l'on ne considère la question qu'au point de vue des règles du mandat, il faut répondre affirmativement. En effet, d'après l'article 1703 de notre Code civil, dernier aliéna, ce mandat est exprès, et par conséquent le mandataire peut hypothèquer et vendre les immeubles de la femme, car tout mandat exprès donne au mandataire le droit de faire les actes de disposition qui en sont l'objet. Il n'y a point de doute sur ce point.

Mais il ne s'agit pas ici de savoir si le mandat d'emprunter, d'hypothèquer ou de vendre est exprès ; il faut se demander si la femme peut donner un tel mandat général, si elle a la capacité légale de le faire ? A ce point de vue, il faut donner une réponse négative.

En effet, la femme ne peut disposer de ses biens qu'avec l'autorisation de son mari ou d'un juge. Cette règle résulte des articles 176, 177, 178 et 180 du code. De plus, d'après l'article 181, toute autorisation générale même stipulée par contat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. Ce même principe est consacré de nouveau par l'article 1424 ; " toute autorisation générale d'aliéner les immeubles donnée à la femme, soit par

contrat de mariage, soit depuis est nulle." L'autorisation doit donc être spéciale, c'est-à-dire pour chaque cas particulier, chaque constitution d'hypothèque ou chaque aliénation. Le mandat que donne la femme pour faire des actes de disposition participe de la nature de ces actes et se trouve nécessairement soumis aux mêmes conditions de capacité. Si la femme ne peut faire un acte sans une autorisation spéciale, elle ne peut pas donner mandat de faire ce même acte sans cette autorisation. La femme ne peut donner mandat que dans les limites de sa capacité, elle ne peut donc donner qu'un mandat spécial, quand il s'agit d'actes de disposition. Par conséquent le mandat général d'emprunter, d'hypothèquer et de vendre ses immeubles donné par la femme, soit à son mari, soit à un tiers, n'a aucune valeur légale, et tout emprunt, constitution d'hypothèque ou toute aliénation d'immeuble faite en vertu d'une telle procuration est nulle en loi pour défaut de capacité chez la la femme.

L'opinion contraire conduirait à une conséquence absurde. Il est interdit à la femme de faire des actes de disposition en vertu d'une autorisation générale. Pourquoi ? Parce que le mari doit veiller à ses intérêts en examinant chaque acte qu'elle est dans le cas de faire, avant de donner son autorisation. Il lui serait très facile d'éluder la loi, s'il lui était permis de donner un mandat illimité de faire ces actes.

Mais ne peut-on pas objecter, lorsque la procuration générale est donnée au mari en termes exprès, que le mari ayant figuré dans chaque acte d'emprunt, de constitution d'hypothèque ou d'aliénation d'immeuble fait en vertu du mandat de la femme, celle-ci était par cela même autorisée à le consentir ? La cour de cassation répond à cette objection : " que la femme n'ayant figuré dans les divers emprunts contractés par son mari que comme mandante, c'est comme man-

dante qu'elle était autorisée ; or cette autorisation était nulle, et la nullité de l'autorisation entraînait la nullité du mandat et, par suite, la nullité de tous les actes que le mari avait faits en vertu du mandat." (Rejet, 18 mars 1840, Dalloz, au mot mariage, No 853).

Les articles du Code Napoléon ne diffèrent pas de notre loi sur cette matière, et tous les commentateurs français enseignent la même doctrine : Marcadé, 8,906 ; Aubry & Rau, 4,641 ; 5, pp. 153 et 154 ; Demolombe, 4,210 ; Pont, des petits contrats, 1,906 ; Laurent, 27, Nos 396, 402, 413, 416 et 417.

Il ne faut pas confondre cette question avec celle de savoir si la femme, au lieu de donner un mandat général à son mari, est elle-même autorisée par ce dernier en vertu d'un mandat exprès, à aliéner ou à hypothéquer tous les immeubles propres du mari, ou les immeubles de la communauté, ou à emprunter des sommes dont le montant n'est pas déterminé d'avance ? Il est évident qu'il ne s'agit pas ici de l'autorisation maritale dans le sens des articles 181 et 1424 puisque dans ce dernier cas, la femme n'est pas appelée à faire ces actes en son propre nom. Il ne s'agit ici que d'un mandat donné à la femme par son mari en conformité de l'article 1703, et ce mandat est valable ; comme conséquence les actes faits par la femme en vertu de ce mandat sont valables et lient le mari.

Nous attirons spécialement l'attention des notaires sur la question que nous venons d'étudier ; elle est d'une grande utilité pratique. Nous voyons tous les jours des procurations données par une femme à son mari avec pouvoir illimité d'emprunter, d'hypothéquer et de vendre ses immeubles. C'est là une pratique vicieuse qui peut avoir des conséquences très graves comme nous avons essayé de le démontrer.

L. P. SIROIS, *Notaire.*

Québec, 20 septembre 1896.

REGLEMENT DES FRAIS ACCESSOIRES D'UNE RADIATION D'HYPOTHÈQUE

Il arrive assez fréquemment que les frais occasionnés par les formalités tendant à la radiation d'une inscription d'hypothèque sont aggravés par ceux qui résultent d'un changement de qualités en la personne du créancier. Dans le cas de décès de ce dernier notamment, il y a lieu de justifier du nombre et des titres de ses représentants ; de produire copies de testaments, actes d'hérédité, extraits de partages, et de présenter ces documents à divers bureaux d'enregistrement.

On a prétendu que ce supplément de déboursés reste à la charge du débiteur et ne concerne aucunement le créancier. Cette opinion paraît erronnée et contraire à toute idée d'équité tout autant qu'à la loi en pareille matière.

En effet, le grevé d'une dette ne peut être tenu qu'à en verser le montant en capital et intérêts. S'il lui est interdit de se soustraire à cette obligation, pour une fraction, si minime qu'elle soit, il n'appartient pas davantage au titulaire ou à ses successeurs d'en accroître la charge, sous une forme ou sous une autre, fût-ce pour les plus faibles proportions. Et s'il y avait une préférence à accorder, ce serait le débiteur qui en bénéficierait, sa situation étant jugée la plus intéressante, ainsi que le décide habituellement le législateur. On ne supporte que le poids de ses fautes, et ce ne peut être celle de l'obligé si celui envers lequel il s'est engagé décède ou se défait de ses droits quand bon lui semble.

La raison indique nettement que, dans ces hypothèses, toutes les preuves des faits invoqués par les

nouveaux prétendants demeurent à leurs risques, le changement d'état n'étant imputable qu'à eux seuls, et leur co-contractant devant demeurer absolument indemme de ses conséquences.

On croit trouver dans les lois la condamnation de cette manière de voir, et on lui oppose l'article 2148 du Code civil du Bas-Canada dont le quatrième paragraphe est ainsi conçu :

" Le créancier est tenu de voir à ce que la quittance " soit enregistrée, et il est responsable de tous frais " qui peuvent résulter du défaut d'enregistrement, " et il ne peut être tenu de donner la quittance s'il " ne lui est mis én main une somme suffisante pour " acquitter les frais d'enrégistrement et de trans- " mission."

C'est sur ce seul mot *transmission* qu'on se base pour soutenir que le débiteur doit supporter le coût des pièces constatant une modification au titre primitif, et, principalement l'intervention d'un ou plusieurs nouveaux créanciers. Pourtant le texte mis en avant semble bien précis. Il ne s'occupe que des frais de la quittance comprenant, pour lui, le montant à déposer chez le registrateur et la dépense entraînée par l'écrit déclarant que la dette est remise. Faire dire au mot *transmission* qu'il vise la substitution d'un créancier à un autre, c'est en forcer singulièrement le sens. Que l'on eût mieux trouvé, nul ne le conteste ; que l'emploi du substantif *rémission* eût été plus heureux, plus approprié, c'est incontestable, mais encore faudrait-il, pour que le terme adopté put se rapporter aux cas de donation, de legs, d'héritage, de transport, que la disposition en fournit au moins un semblant d'occasion. En matière de pénalité surtout, il n'est pas possible de décider par induction, par supposition, et la condamnation ne saurait résulter de probabilités ni de sous-entendus.

L'article cité ne prévoit, de près ni de loin, un changement de qualités; il place simplement le débiteur en face du créancier, sans allusion aucune à un virement de personnes et de situations, et s'il prête à l'ambiguité ou au doute, ce qui est contestable, c'est à celui qui se libère que revient le profit de son insuffisante clarté.

Mais il existe un article du même code qui ne donne lieu à aucune équivoque, et qui laisse franchement les frais provenant d'un changement de qualités à la charge du créancier ou de ses représentants. Cet article est ainsi conçu :

"2127. Toute cession ou transport volontaire ou " judicaire, de créances prévilégiées ou hypothécaires, " doit être enregistré au bureau d'enregistrement où " le titre créant la dette a été enregistré. *Un double " du certificat de l'enregistrement doit être fourni au " débiteur avec la copie du transport.*"

L'hésitation ne serait pas de mise cette fois. C'est bien le débiteur qui ne contribue pas à la dépense, et qui a *gratuitement* droit à toutes les justifications utiles. L'analogie étant complète, il n'en sera pas autrement quand la novation se produira à la suite d'un décès, d'un partage ou de toute autre cause équivalente.

J. GERMAINO.

Justice discards party, friendship, kindred, and is always therefore represented as blind.

Addison—The Guardian, no 99.

APPLICATION A APPORTER ET STYLE A EMPLOYER DANS LA REDACTION DES ACTES NOTARIES.

[*Encyclopédie du Notariat, Vol. 19, page 120 et suivantes.*]

20.—Le style notarial, est la manière d'écrire employée par les notaires dans la rédaction de leurs actes. Cette rédaction est soumise par la loi, en ce qui concerne certaines mentions et énonciations, à diverses règles qu'on ne peut enfreindre sans compromettre le sort même des actes et sans s'exposer à des peines plus ou moins graves. Toutefois, même à cet égard, la loi n'a jamais prescrit ni un ordre, ni des termes sacramentels.

21.—Quant à la rédaction des actes en eux-mêmes, c'est-à-dire des déclarations et conventions des parties, elle est abandonnée aux lumières du notaire.

22.—Habituellement en contact avec des gens ignorant les affaires et souvent même ne se rendant pas compte de la valeur des mots, le notaire est obligé de saisir leur pensée, de la traduire et formuler en convention. Tâche difficile à bien des égards, et qui exige, tout à la fois, du tact, du jugement, de la patience, de la précision dans l'esprit et de l'instruction ! Et si, malgré tous ces avantages, la rédaction des actes offre encore—parfois des imperfections, c'est que le notaire peut être tenu par les parties dans une ignorance, voulue de leur part, de telles ou telles circonstances particulières, dont l'existence vient déranger tous les calculs du rédacteur et altérer l'essence du contrat.—Evariste Ravoux, Manuel du Notariat, introduction.

23.—Rutgeerts (t. 2, n. 442) a dit, avec raison, que

trois conditions sont essentielles pour acquérir une bonne rédaction ; ce sont :

1o La connaissance approfondie de la langue dans laquelle l'acte doit être rédigé. Celui qui ne connait ni la langue, ni la propriété des termes qu'il emploie, ne saura jamais exprimer exactement l'intention des parties ;

2o La connaissance des lois civiles et fiscales, et surtout la connaissance de la théorie des contrats et des obligations. Celui qui ne connait pas les lois de son pays peut arriver sans doute à rédiger un acte dans un style claire, concis. méthodique, mais ces actes renfermeront infailliblement des erreurs juridiques et contiendront souvent les omissions les plus graves et les plus funestes aux intérêts des contractants. Comment rédiger un acte, si l'on ne sait pas quelles personnes et sous quelles conditions certains individus peuvent contracter, quelles choses peuvent faire l'objet du contrat, quelles sont les conventions permises et quelles sont celles que la loi défend ? Comment rédiger un contrat de mariage, si l'on ignore la combinaison des différents régimes qu'il est loisible aux époux d'adopter, ou une donation, un testament, si l'on ne connait pas les dispositions et les conditions qui sont licites et celles qui sont prohibées ?

3o Enffn quelle que soit la capacité littéraire et juridique d'un notaire, il lui faudra un assez long exercice pour acquérir cette rédaction nette et précise à laquelle on n'arrive qu'avec le temps. C'est en ce sens qu'on peut dire que le notariat est un art qui ne s'acquiert que par la pratique et dont la théorie ne peut indiquer que les bases. " Loin de nous a dit le tribun Jaubert, de considérer le ministère du notaire comme l'ouvrage d'une routine vulgaire ; mais chaque

profession a ses règles, celle du notaire a, de plus, son style particulier, l'habitude seule peut donner ce genre d'instruction." Discours prononcé au Corps législatif, le 25 ventose an xi, sur la loi relative à l'organisation du notariat.

24.—Pour la rédaction d'un grand nombre d'actes, on a adopté, dans le notariat, un certain nombre de modèles on de formules. " Les individus qui exercent la même profession, disait Lherbette, doivent, dans leur propre intérêt, chercher les meilleurs moyens de la remplir; ils se communiquent mutuellement leurs idées. Sl l'un d'eux à cru trouver la contexture la meilleure pour une clause, chacun en fait l'essai. L'expérience vient ensuite joindre son secours à celui du raisonnement ; elle montre que le fond et la forme de cette même clause ont été à l'abri de toute attaque, ou qu'ils en sont sortis victorieux, il est alors naturel qu'on la suive à l'avenir : ainsi se font les formules. Ces formules, nous l'avons dit ailleurs, présentent une incontestable utilité pour le notariat.

25.—Il ne faudrait pas, du reste, écrivait Emile Paultre dans une dissertation publiée par la Revue du Notariat, sous le No 510, et dont nous reproduisons ici les passages essentiels, il ne faudrait pas se faire une idée étroite de l'étude du style dans l'exercice du notariat, et supposer que, quand on a acheté un livre de formules ou copié soi-même une collection de cadres divers dans l'étude de son patron, on est pourvu, à cet égard, d'un bagage suffisant. L'apprenti artisan qui a acheté ses outils, le conscrit une fois mis en possession de son sabre et de son fusil seraient dans une étrange erreur s'ils supposaient que cela leur suffit, et qu'ils peuvent, dorénavant, avoir l'esprit tranquille sur l'avenir. Il faut encore que l'un et l'autre

apprennent à se servir avec dextérité, avec agilité, avec précision, avec souplesse, selon les circonstances, des instruments qui ont été remis entre leurs mains, et c'est seulement par une longue pratique qu'ils arriveront à ce résultat. De même les clercs des notaires seraient fort embarrassés, malgré leur livre ou leur cahier de formules, s'ils n'avaient appris à en faire une application judicieuse, à les modifier, à les approprier aux différentes situations, à savoir s'en passer surtout dans les mille conventions qui jaillissent du contact des intérêts et des volontés et que personne n'avait prévues ni pu prévoir.

26.—Les naturalistes disent avec raison qu'il n'existe pas dans les bois deux feuilles exactement pareilles ; on pourrait presque dire aussi qu'il n'existe pas deux actes semblables dans les minutiers des notaires. Les moindres changements dans les intentions ou dans la position des parties amènent des modifications dans la rédaction ; de là des variétés de conventions qui se multiplient à l'infini et auxquelles il faut toujours se tenir prêt à satisfaire.

27.—Etudier les formules dans les livres ou dans les actes qu'on a sous les yeux est une excellente chose ; les copier et en faire soi-même une collection particulière est un moyen mémotechnique précieux ; mais ce qu'il faut surtout, c'est de s'habituer au langage du droit et du notariat, de le parler, de l'écrire, de le pratiquer longtemps, de manière à n'être jamais embarrassé de ce côté, dans aucune circonstance ; d'en tirer tout le parti qu'il comporte, de le manier, en un mot, avec la même aisance et la même liberté qu'on remarque chez un bon soldat quand il se sert de ses armes après quelques années de services.

28.—L'exercice du style exige aussi, du reste, une

certaine souplesse, et c'est dans la jeunesse qu'il faut s'y habituer ; quand on a laissé passer le moment favorable. il est difficile d'y revenir. Chez le notaire qui ne s'est pas rompu de très bonne heure à toutes les exigences de la rédaction, on remarque toujours une certaine raideur et une pesanteur dont il lui est difficile ensuite de se dépouiller.

29.—On peut apprendre les sciences à tout âge, la science du droit comme les autres ; mais la pratique d'un art, d'une profession quelconque, ne s'apprend que dans la jeunesse ; si l'on a le tort de la laisser passer sans en profiter, il est très difficile de retrouver plus tard les avantages qu'on a laissés échapper ; et, cela, nous le disons avec une entière conviction, parce nous avons connu plusieurs notaires qui, dans leurs débuts, traitaient un peu cavalièrement toutes ces questions, fort mesquines à leurs yeux, mais qui, plus tard, ont eu une peine infinie à devenir de bons rédacteurs.

30.—La première qualité du style du notariat, c'est la précision, l'exactitude. Il est toujours difficile d'exprimer fidèlement et complètement ses pensées : n'est pas exact qui veut. Un écrivain d'un grand mérite, disait un jour dans un langage familier et pittoresque à la fois, que, quand la pensée quitte le cerveau pour se rendre sur le papier, elle passe par le bras, par la main, par la plume, et que, dans chaque partie de ce trajet, elle perd toujours quelque chose de sa portée et de sa valeur primitive, à tel point que celui qui l'a conçue d'abord, puis écrite, a quelquefois de la peine à la reconnaître. S'il en est ainsi lorsqu'on veut exprimer ses propres pensées, la difficulté ne doit-elle pas être infiniment plus grande quand on exprime celle des autres.

31.—On objecterait à tort que tout cela peut être vrai pour les travaux de l'imagination, mais qu'il n'en est pas de même pour les œuvres positives, telles que les rédactions du notariat. Ce serait là une grave erreur. L'exécution de toute chose présente des difficultés spéciales, et ceux qui les nieraient, prouveraient seulement qu'ils ne les ont pas comprises.

32.—Tout le monde n'exprime pas avec la même exactitude, une théorie de droit ; la volonté du législateur est elle-même souvent mal exprimée, et il est arrivé plus d'une fois qu'un législateur a dit autre chose que ce qu'il voulait dire. Si des hommes éminents comme les jurisconsultes et les magistrats n'ont pas toujours su traduire fidèlement la pensée du législateur, si le législateur lui-même, n'a pas toujours pu exprimer avec exactitude sa propre volonté, comment ne serait-il pas aussi fort difficile aux notaires d'exprimer et de traduire leurs propres pensées et les intentions des parties ?

33.—Pour être exact, répétons-le, il ne suffit pas d'être scrupuleux ; dans l'exactitude, le style a aussi sa part, que l'on se garde d'en douter. Tel qui ne trouve pas immédiatement le mot propre, parce qu'il ne s'est pas assez rompu dans sa jeunesse à la rédaction, le remplace parce qu'il croit être un équivalent ; et donne ainsi, très souvent, naissance à une injustice et peut-être à un procès.

34.—Rendre avec exactitude les intentions des parties est le premier devoir du notaire, mais c'est aussi son plus grand intérêt. Nous n'apprendrons rien à personne en rappelant les plaintes et les injustices de certains clients lorsqu'une affaire ne tourne pas au gré de leurs espérances ; s'imputer à eux-mêmes les résultats d'une affaire qu'ils avaient cependant conçue

et traitée avant de venir chez le notaire, s'avouer imprudents, légers, téméraires, ce serait par trop de modestie et d'abnégation ; il leur semble beaucoup plus simple de chercher une victime, un bouc émissaire et cette victime est naturellement le notaire, qui, à les entendre a mal compris, mal rendu leurs intentions.

35.—C'est en s'habituant de bonne heure à l'exactitude dans la forme comme dans le fond qu'on repoussera, du moins autant que possible, toutes ces injustes récriminations, dont aucun notaire ne peut se dire complètement à l'abri. Lorsque la rédaction d'un acte est nette et précise dans son ensemble, l'acte porte ainsi en quelque sorte avec lui la justification de l'exactitude de chacune des parties ; mais, si au contraire, les phrases sont vagues et les clauses mal définies, cette circonstance laisse aux avocats qui sont consultés plus tard, et aux magistrats chargés d'apprécier et de juger, une impression défavorable qui exerce souvent une influence fâcheuse sur leurs décisions, et le notaire en souffre alors comme les clients.

36.—Nous venons de dire que, lorsque la rédaction du notaire reproduit fidèlement les intentions des parties, son style renferme déjà la qualité la plus essentielle parmi celles qu'il doit posséder. Mais un notaire n'écrit que pour être lu et compris. Il n'est personne qui n'ait maudit l'écrivain d'une lettre illisible, ou de l'orateur qui bredouille, et ne se soit sentit disposé à le mal juger. Ce qui est vrai pour la parole et l'écriture l'est encore plus pour le style ; l'obscurité dans la rédaction serait, pour le notaire une calamité dont les clercs doivent travailler à se préserver s'ils veulent éviter plus tard, à eux et à leurs clients, des inconvénients et des dangers de toute nature.

37.—Ici encore, nous avons à combattre un pré-

jugé très répandu ; rien ne paraît facile à certaines gens comme d'écrire clairement ; à les entendre, il suffit pour cela d'écrire comme on parle. Que l'on ne se laisse pas aller à de semblables puérilités, et que l'on soit bien convaincu, au contraire, que rien de sérieux ne se fait convenablement sans un travail réel, soit un travail actuel, soit au moins un travail antérieur. C'est toujours avec une grande difficulté qu'on apprend à écrire facilement, et cela est certain, non seulement pour les œuvres littéraires mais encore pour les travaux les plus positifs. Il n'est guère plus difficile de bien rédiger un acte, une clause sortant de formules habituelles, que de rédiger un article de loi, et jamais il n'est venu à la pensée de personne que la clarté dans la rédaction des lois fut si facile à obtenir.

38. Il faut se méfier d'une facilité qui permettrait de tout faire au courant de la plume et sans prendre le temps de la réflexion ; ces facilités-là laissent toujours quelques choses en arrière ; c'est un labourage incomplet qui se borne a déchirer la surface et ne pénètre pas dans le sein de la terre.

39.—Pour qu'un acte soit clair, il faut que les différentes parties en soient distribuées et divisées avec méthode. Le plan d'une œuvre quelconque fait partie de la forme, c'est-à-dire du style. Lorsqu'un acte est étendu et compliqué dans ses dispositions, son plan a souvent besoin d'être longuement médité.

40.—Mais nous ne voulons nullement dire qu'il faille, pour tous les actes, chercher laborieusement un plan nouveau et particulier : bien au contraire, pour les actes courants, il existe dans toutes les bonnes études, des plans, des cadres usuels qui, généralement, sont aussi clairs que logiques et remplissent toutes les conditions d'une bonne rédaction.

42.—Il est des faits et des circonstances qu'il est souvent difficile d'exposer clairement et complètement par le seul secours de la parole, notamment certaines divisions d'héritages, de maisons, de bâtiments ; dans ce cas le style, quelque souple qu'il soit, est parfois impuissant à décrire et à faire voir, en quelque sorte, comme il le faudrait cependant, tous les détails des lieux et des immeubles qui sont l'objet de la convention.

43.— Dans ce cas, il ne faut pas hésiter à faire faire, ou à faire soi-même si on le peut, non pas toujours un plan, mais un dessin, un simple croquis, que l'on annexe à l'acte, et qui au moyen de lettres de renvoi citées et rappelées dans la rédaction, permet alors de parler en quelque sorte aux yeux du lecteur de l'acte. Les frais très minimes qui peuvent résulter de ce petit travail sont, en général, largement compensés par les difficultés qu'on évite aux parties.

44.—Quand un clerc de notaire est parvenu à acquérir la précision, l'exactitude, puis la clarté du style, qu'il y joigne ensuite, s'il le peut, la concision ou au moins la sobriété, et la correction grammaticale ; mais, avant tout, répétons-le, il doit s'attacher à possèder les deux qualités essentielles que nous venons de signaler.

45.—La prolixité semble avoir été, dans tous les temps, le défaut des notaires. "Ce vice, dit Rutgeerts (t. 2, No 443), provient souvent du défaut de pratique, d'instruction et de connaissances juridiques du notaire rédacteur ; par l'abondance des mots, il veut couvrir la pauvreté des idées. Il croit rendre son acte inattaquable en multipliant les clauses et les dispositions pénales, et c'est très souvent un résultat contraire qu'il obtient. Faute de connaître les lois, il met les

clauses de ses actes en contradiction entre elles et avec les principes juridiques. Un notaire aura soin de se servir, autant que possible, des expressions mêmes dont se sont servies les lois qui régissent l'acte, surtout dans l'observation des formalités prescrites pour la validité des testaments. On a vu souvent des testaments annullés parce que le notaire avait voulu être plus sage que la loi, et parce qu'il avait substitué aux termes du Code des expressions qui ne rendaient plus la même idée..." Par exemple, dans un testament, il nous paraitrait bien risqué de remplacer les mots légaux, dicté, écrit signé, par d'autres ou par des périphrases. Ces mots sont techniques et n'ont point de synonymes identiques. Même en employant une périphrase, on satisferait difficilement aux exigences de la loi. Du reste, ce serait exposer les légataires à un procès presque infaillible, dont l'issue serait douteuse. V. Cass., 14 Déc. 1886 (Rev. Not., No 7527). V. aussi le mot sacramentel (Termes).

46.—Est-il besoin d'ajouter, après ce que nous venons de dire que le style des notaires doit être simple, grave et sérieux ? Les figures de rhétorique, les phrases empoulées, seraient aussi déplacées que les trivialités du langage usuel. Sellier, qui en fait la remarque, condamne à juste titre, l'emploi de figures dans le genre de celle-ci :

Un notaire avait mis dans une liquidation : "M. X... poussa sa carrière jusqu'à telle année, c'est alors que la Parque cruelle trancha les jours de ce malheureux."

Dans un contrat de mariage, reçu par un autre notaire, on trouve : "La demoiselle future épouse n'apporte en mariage que les attraits dont il a plu à la nature de la douer."

Un certificat de vie porte ce qui suit : "L'aimable comparante a signé avec nous notaire."

47.—De pareilles rédactions, dit très justement Rutgeerts (t. 2, N. 442), ne feraient que jeter le ridicule sur le notariat. Au reste, quel est aujourd'hui le notaire qui serait assez peu soucieux de sa dignité pour se permettre de telles extravagances dans ces actes ?

48.—Les notaires doivent s'attacher à soigner la ponctuation dans leurs actes ; l'absence d'une ponctuation ou d'une ponctuation vicieuse, change souvent le sens des phrases, (voy. *Ponctuation*). On cite à ce sujet, l'exemple suivant : — Un testateur après avoir fait un legs à ses deux frères, avait dicté au notaire, rédacteur de son testament, la phrase suivante que l'officier public avait écrite sans observer aucune pontuation : " Je lègue de plus à chacun deux mille francs." On voit, dit Rutgeerts (t. 2, N., 443), qu'il était douteux si le testateur avait voulu léguer en outre, à chaque frère, deux mille ou seulement mille francs. Cela dépendait nécessairement de la manière dont la ponctuation devait être effectuée. Chacun n'aurait eu droit qu'à mille francs avec la ponctuation suivante : " Je lègue de plus, à chacun d'eux, mille francs ", et chaque frère aurait eu le droit de réclamer deux mille francs avec cette ponctuation : " Je lègue de plus, à chacun, deux mille francs." Le notaire devait donc s'imputer d'avoir fait naître un procès par suite de l'absence de toute ponctuation. (Ledru, Clef de notar at, p. 3 ; Harel Delanoë, Cour élémentaire de notariat, t. 1, N. 268).

48 *bis*.—Dans un autre espèce, un testateur avait dit dans son testament : " Je donne à M...... et à Mde......, le reste de mes nippes, linge, objets meublant la cave, la maison, l'écurie." On éleva la question de savoir si ce legs comprenait la cave, la maison,

etc., ou, au contraire, s'il ne s'agissait que des nippes, objets meublants la cave, etc. La difficulté a été résolue dans ce dernier sens, parce qu'aucune virgule ne séparait le mot meublant, des mots la cave, la maison, l'écurie. — Dijon, 4 juin 1880, (Gaz. du Notariat, 1880, N. 328).

Actes correspectifs. — Ce sont les actes concernant le même fait, passés le même jour entre les mêmes parties, ou peu de jours l'un après l'autre. On les appelle *correspectifs*, parce qu'ils sont faits l'un pour l'autre et ne forment qu'un acte.—*J. P. ead. v.*

L'on doit considérer comme faites dans un même acte les conventions nouvelles ajoutées par acte authentique à une première convention dans les vingt-quatre heures de celle-ci.—*Ibid.*

Procédure.—Le Style du Parlement est le premier recueil qui ait fait connaître la procédure suivie dans la Coutume de Paris. Il fut écrit, en l'an 1330, par Dubreuil, avocat de Quercy ; il y receuillit de 1322 à 1330 arrêts importants.

Laferrière, Droit Français, p. 333.

Juges.—C'est du choix des juges que tout dépend. Même avec de mauvaises lois, de bons juges (à qui on laisse une certaine latitude) trouvent encore le moyen de faire le bien ; mais les meilleures lois n'empêchent pas les mauvais juges d'en abuser pour faire le mal.

Dupin, des Magistrats, no 4.

ONUS PROBANDI

L'étude des obligations est incomplète quand elle n'est pas accompagnée de celle des règles de la preuve.

Que sert-il à l'avocat de connaître les droits des parties s'il n'est pas en état de les établir devant le tribunal ?

Quand les deux adversaires ont expliqué leurs prétentions respectives, le premier point à déterminer est de savoir qui doit faire la preuve. De la solution de cette question dépend le sort d'un grand nombre de causes.

Nous nous proposons dans cette étude de résumer d'abord les principes généraux régissant la matière et ensuite de passer à l'examen des principales difficultés qui se présentent dans la pratique.

I

Notions générales

1. A qui incombe la preuve ?

Voilà une question à laquelle la réponse paraît facile.

L'art. 1203 C. C. pose en effet le principe :

Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.

Réciproquement, celui qui en oppose la nullité ou l'extinction doit justifier les faits sur lesquels est fondée sa contestation ; sauf les règles spéciales établies au présent chapitre.

L'art. 1315 du code Napoléon est plus concis :

" Celui qui réclame l'exécution d'une obligation.
" doit la prouver.

"Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit
"justifier le payement ou le fait qui a produit l'ex-
"tinction de son obligation."

Le mot *nullité*, ajouté par nos codificateurs, a déjà fait naître une discussion. Notre distingué confrère, M. Talbot, s'appuyant sur ce mot de l'art. 1203 a soutenu et soutient que sur vérification d'écriture, la preuve incombe à celui qui nie [1]. Dans un écrit que nous avions l'honneur de publier sur la même question, nous espérons avoir démontré que le défendeur qui nie sa signature ne plaide pas la nullité de l'obligation, mais l'absence même d'un fait capable de produire une obligation apparente [2].

Notre définition est tirée du droit romain : *Probatio incumbit actori ; ei qui dicit, non ei qui negat.*

Marcadé fait un commentaire des plus clair de cette maxime.

Nous sommes certain d'être agréable à nos lecteurs en le reproduisant en partie. "Sans doute on peut dire que la règle *actori* est vraie absolument et toujours ; mais c'est en l'entendant avec discernement et en désignant par le mot *actor*, non pas celui qui introduit l'action en justice, mais la partie (demanderesse ou défenderesse, peu importe) qui introduit contre l'autre un nouvel élément de décision, qui agit et va en avant en alléguant quelque chose de nouveau, qui prétend changer et renverser, au moins sur quelque point, le *statu quo*, l'état où en sont les choses, l'ensemble de faits ou d'idées qui se trouve actuellement établi, soit par les preuves déjà faites ou les reconnaissances données, soit par la nature ordinaire des choses." Et appliquant la même règle à l'examen de

---

[1] 1, R. L. n. s., p. 268 et s.

[2] Ibidem p. 423 et s.

l'autre partie de la maxime : *ei qui dicit, non ei qui negat*, il continue : " Si l'on veut que cette règle soit vraie, il faut entendre *is qui dicit* de celui qui soulève une prétention, qui jette dans le débat une allégation nouvelle, aussi bien en niant ce qui semble être, qu'en affirmant ce qui semblait ne pas être ; réciproquement, *is qui negat* sera celui qui, soit par une négation, soit par une affirmation, contredira, repoussera l'allégation nouvelle pour rester dans le *statu quo*."

Toute cette théorie nous paraît se résumer à ceci : la preuve incombe à celui qui allègue, à moins qu'il n'ait en sa faveur une présomption de fait ou de droit. Par exemple, vous poursuivez Pierre pour son mois de loyer échu le dernier juillet. Il produit son reçu pour le mois d'août suivant, il est présumé avoir payé juillet ; vous serez obligé de prouver qu'il ne l'a pas payé.

Vous réclamez les intérêts d'une obligation. Le débiteur vous répond qu'il les a payés, et il produit une quittance du capital. Il a une présomption légale en sa faveur ; la preuve vous incombe.

La race anglo-saxonne a reçu de la nature cet esprit éminemment pratique qui la distingue en toutes choses. Même dans le domaine des lois, son influence se fera sentir ; et dans ce pays, dans toutes les matières où le jurisconsulte doit connaître les deux législations, les auteurs anglais, par les règles pratiques qu'ils nous donnent et les nombreux exemples qu'ils nous fournissent, viennent en aide à nos écrivains.

Ainsi sur le point qui nous occupe, Taylor pose des règles très pratiques : " Consider first," dit-il, " which party would succeed if no evidence were given on either side ; and secondly what would be the effect of striking out of the record the allegation to be proved. The onus lies on whichever party would fail, if either of these steps were pursued."

Cette règle fait voir toute l'équité de la doctrine que nous venons d'énoncer. N'est-il pas juste que celui qui a besoin d'une preuve pour appuyer sa demande la produise ?

2. On dira : la question n'est pas douteuse chaque fois qu'il s'agit d'une proposition affirmative ; mais on ne peut prouver une négative.

Quand bien même il serait vrai qu'une négative ne peut être prouvée, ce ne serait pas une raison pour dispenser celui qui l'invoque d'en faire la preuve.

Autrement, il suffirait à une partie d'alléguer une chose impossible pour rejeter le poids de la preuve sur son adversaire.

Il y a d'ailleurs des propositions affirmatives qui ne sont pas plus faciles à prouver que des négatives ; par exemple, si j'allègue que j'ai passé tous les instants de ma vie à Montréal, cette preuve est moralement impossible ; est-ce à dire que pour cela je serai dispensé de la produire ?

On faisait autrefois la distinction suivante : la négative est simple, ou elle est complexe. Dans le premier cas, la preuve est impossible ; dans le second cas, elle est facile.

La négative est simple quand elle est indéfinie, par exemple : je n'ai jamais rencontré Pierre. Elle est complexe quand on précise le temps, le lieu ou quelqu'autre circonstance, par exemple : je n'ai pas rencontré Pierre, lors de la fête St-Jean-Baptiste de 1884.

Cette distinction était tirée du droit romain : " *Pro-*
" *bat et, qui asserit*, dit Voët, *non qui negat, eo quod per*
" *rerum naturam factum negantis probatio nulla est, si*
" *modo negatio facti et negatio simplex sit, nullis cir-*
" *cumstanciis loci aut temporis munita : nam si vel juris*
" *negatio fiat, vel facti negatio qualitatibus loci atque*
" *temporis vestita sit, ipsi neganti probatio per leges*

" *imposita est ; cum hujusmodi inficiationes in se involvant affirmationem quandam, ex cujus probatione per argumentum artificiale educitur veritas negationis, unde et talem negationem a pragmaticis, dici negativam prægnantem, monet Merula.*" [1]

Cette distinction est reproduite par les auteurs anglais. " But when the negative ceases to be a simple one, dit Best, when it is qualified by time, place or circonstance, much of this objection is removed and proof of a negative may very reasonably be required, when the qualifying circonstances are the direct matter in issue, or the affirmative is either probable in itself or supported by a presumption or peculiar means of proof are in the hands of the party asserting the negative." [2]

Taylor l'admet et il pose le principe que chaque fois que le demandeur bâse son action sur une allégation négative, cette preuve est essentielle pour le maintien de ses prétentions lorsque la négative n'est pas simple ou lorsqu'il est combattu par une présomption [3].

En droit anglais, on dispense également le demandeur de faire preuve d'une négative lorsque la partie adverse est obligée de connaître le fait à prouver et d'en avoir une preuve. Ainsi, d'après le droit commun, dans une poursuite contre un pharmacien qui n'a pas de certificat, la loi force ce dernier de le produire ; [4] ainsi, dans une poursuite pour vente de boissons sans licence, la preuve de la licence incombe au défendeur ; mais cette exception n'est pas admise en droit français.

---

[1] Comm. ad Pandectas, vol. III, lib. XXII, tit. III, p. 10.

[2] Best, *Evidence*. 7th ed. § 270.

[3] p. 364 et s.

[4] Les présomptions de ce genre sont maintenant reproduites dans les divers statuts. Taylor, § 372 à 374.

Les docteurs vont plus loin : ils prétendent qu'il n'y a pas de proposition négative qui ne contienne implicitement une affirmative. *Certe, si diligenter attendas, non est aliqua negativa quæ tacitam non habeat affirmationem* [1].

On maintient aujourd'hui dans le droit français moderne que la preuve de toute négative incombe à celui qui l'allègue [2].

Gabriel dit à ce propos :

" Mais la négative de fait pure, vague et illimitée ; par exemple : *Paul n'a prêté en aucun temps cent écus à Pierre*, ne peut être prouvée directement ni indirectement. Cette décision de la glose est fondée sur l'évidence ; car il n'est pas possible de faire une preuve qui renferme tous les instans, tous les lieux, toutes les occasions où il y a possibilité que le prêt soit fait. Cependant, l'impossibilité de la preuve ne doit pas faire écouter l'action ou l'exception de celui qui se fonde sur une pareille négative. C'est le cas du brocard vulgaire : *de his quæ non sunt et quæ non apparent idem est judicium* [3]." Aujourd'hui que les parties peuvent être interrogées, je puis prouver que Pierre ne m'a pas prêté cent écus, la preuve n'est donc pas impossible.

3. Du reste, nous allons démontrer que la jurisprudence et le code s'accordent sur ce point. Ainsi, vous avez été arrêté en vertu d'un bref de capias. Vous voulez, par requête, faire casser le bref.

La loi vous donne ce moyen sommaire de vous libérer, mais elle vous oblige d'alléguer et de prouver

---

[1] Glos. ad. leg. 2, de Prob.

[2] Demolombe, 29, n. 193 ; Aubry & Rau. §. 749, note 14 ; Larombière, sur l'art. 1315, n. 16.

[3] Des Preuves, ch. IX, p. 430 et s.

que vous n'avez pas recelé vos biens et que vous n'étiez pas sur le point de les receler [1]. Comment réussirez-vous à faire cette preuve ?

En établissant certains faits positifs. La veille de votre arrestation vous payiez à vos créanciers la plus grande partie de votre salaire, vous leur offriez de faire cession de vos biens pour leur bénéfice, etc. Il vous suffirait même de prouver par vos amis que vous avez toujours agi franchement et ouvertement comme d'habitude.

4. Le code civil lui-même nous fournit des exemples. L'art. 1054 C. C., exige que le père, le tuteur, le curateur et l'instituteur prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui a causé le dommage ; l'art. 1629 oblige le locataire à prouver que l'incendie n'est pas arrivé par sa faute ni par celle des personnes dont il est responsable. L'art. 1631 consacre le même principe.

Disons en passant que le locataire qui promet de rendre les lieux loués en bon état (les accidents par le feu exceptés) ne tombe pas sous le coup de notre disposition. Le fardeau de la preuve incombe alors au locateur, même au cas où le locataire n'aurait pas observé les règlements de police relatifs au dépôt des cendres [2].

L'art. 1597 C. C., oblige celui qui allègue que la chose qu'il a reçue en échange n'est pas la propriété de son co-contractant à en faire la preuve.

Ces exemples nous démontrent qu'il n'est pas exact de dire que personne n'est tenu de prouver une négative.

---

[1] Art. 819 C. P. C. ; S. R. B. C., ch. 87, Sec. 8, 9, §. 2 ; ch. 47, S. 3, §. 3 ; 22 Vic. (1858) ch. 5, S. 48 ; 25, Jurist p. 65.

[2] 3 M. L. R., 325 (Q. B.) ; 16 S. C. R. 637.

5. Si nous prenons d'autres exemples, nous verrons que souvent la proposition n'est pas réellement négative.

Ainsi dans une action en nullité de mariage, le demandeur qui allègue que l'un des conjoints n'était pas *compos mentis* au jour de la célébration est obligé de prouver ce fait car il est affirmatif [1].

6. Celui qui se contente de nier un fait allégué n'est pas tenu de faire preuve.

Dans une contestation d'élection, le défendeur niant par son exception préliminaire la qualité du pétitionnaire, c'est à ce dernier à faire preuve [2].

7. Celui qui intente une action en répétition est obligé de prouver qu'il ne devait pas la somme qu'il a payée. Cependant, dans la pratique, cette question présente des difficultés.

Le droit romain faisait la distinction suivante :

Celui qu'on prétend avoir reçu la chose nie-t-il l'avoir reçue, et celui qui l'a payée prouve-t-il qu'il la lui a payée ; dans ce cas celui qui a dénié l'avoir reçue doit prouver qu'elle lui était due.

Si au contraire, il commence par reconnaître le paiement et prétend que la chose lui était due, personne ne doute qu'il n'ait une présomption en sa faveur [3].

Cette distinction est reproduite par des auteurs modernes [4].

Elle ne nous paraît pas admissible en droit moderne. Le droit moderne exige en effet qu'une partie fasse sa

---

[1] 4 Jurist., p. 151 ; 17 L. C. R., p. 283; voy. aussi 16 L. C. R., 353, et Taylor, §. 370.

[2] 20 S. C. R. 12 et 181 contrà, 8 S. C. R. 169.

[3] L. 25, ff. *De probat.*

[4] 2 Larombière, art. 1376. n. 28 ; 11 Toullier, p. 64 ; 12 Duranton, n. 12 ; 3 Zachariæ, p. 187 ; 4 Aubry et Rau., 4e édit., p. 731.

cause toute entière et la mauvaise foi de la partie adverse ne nous dispense pas de la preuve.

Le demandeur est obligé de prouver qu'il ne devait pas pour deux raisons : d'abord il est obligé d'alléguer ce fait et ensuite il est présumé devoir. Ce n'est pas parce que le défendeur a plaidé une *dénégation générale*, que le demandeur aura le droit de borner sa preuve au paiement.

Cependant, les auteurs que nous venons de citer et le texte suivant du droit romain nous portent à douter : *Per etenim absurdum est, eum qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquàm fuerit convictus eam accepisse, probationem non debeti ab adversario exigere.*

Cependant, si le défendeur assigné sur faits et articles était forcé d'admettre le paiement, la cour pourrait diviser son aveu.

8. Citons un autre exemple. Dans une action *qui tam* contre des associés pour négligence d'avoir enregistré la déclaration requise par la loi, la preuve négative incombe au demandeur. Elle se fait par un certificat du protonotaire.

9. " On arrive donc forcément à cette conclucion, dit
" Bonnier, que chez nous, c'est toujours au deman-
" deur à prouver, et qu'il peut le faire, même lors-
" qu'il s'agit d'un fait négatif ; il le pourra bien plus
" facilement si l'on admet cette sage restriction que
" pour rendre la négative définie, il est permis d'obli-
" ger la partie adverse à préciser ses prétentions." [1]

Mais il résulte de la nature même des choses et des exemples que nous avons cités que le juge ne doit pas exiger une preuve rigoureuse d'un fait négatif. [2]

10. Il y a une autre espèce de négative, celle de droit par laquelle on nie la qualité du demandeur ou

[1] Vol. 1, p. 93.

[2] 8 Aubry & Rau, 4e édit., p. 156.

qu'un acte ait été confectionné légalement ; " ainsi un collatéral, auquel on oppose un acte d'adoption ou un testament, pour le dépouiller d'une succession à laquelle la loi l'appelle, maintient que l'adoption ou le testament ne sont pas régulièrement faits, et c'est à lui de prouver cette allégation : *cum in tali negativâ consistat fundamentum intentionis suæ.*" [1]

Ces deux négatives sont réellement des affirmations. Vous niez que Pierre soit sujet anglais, vous affirmez conséquemment qu'il est étranger. Nous avons vu que cette règle n'est pas appliquée dans les contestations d'élections.

La négative de droit doit être prouvée par le défendeur, parce qu'elle se résoud dans un fait affirmatif, savoir que tel acte est nul par défaut d'accomplissement d'une certaine formalité. La cour de cassation, par un arrêt du 21 novembre 1826, a décidé que celui qui prétend que son adversaire a encouru un déchéance pour n'avoir pas produit des titres dans une certain délai, peut et doit le prouver, puisqu'on peut établir l'absence de production tout aussi clairement que la production même, en vérifiant le procès-verbal du juge chargé de diriger l'opération.

Malgré que la preuve de la négation de droit incombe à celui qui nie, on trouve cependant des décisions contraires et notamment la cause de *Mathews* contre *La Cité de Montréal*, dans laquelle la cour d'appel a décidé que sur une poursuite en dommages par un contribuable contre la corporation, pour saisie illégale des biens de ce contribuable, c'est à la corporation de prouver que la saisie était légale et autorisée par l'observation de toutes les formalités voulues par la loi, quand même le demandeur aurait allégué dans sa

---

[1] Gabriel, Des preuves, ch. IX, p. 431, Bonnier n. 40.

déclaration que la saisie pratiquée contre lui était illégale et malicieuse, sans se plaindre spécialement du défaut des formalités. [1]

La cour d'appel paraît s'être basée sur le fait que les corporations municipales exerçant des procédures judiciaires, le dossier dans chaque cas doit en établir la légalité.

11. Ajoutons que le code de procédure nous donne sur le point qui nous occupe une règle des plus importantes, c'est celle de l'article 144 : "Tout fait dont l'existence ou la vérité n'est pas expressément niée ou déclarée n'être pas connue, est censé admis."

Cette règle touchant à l'aveu des parties fait plutôt partie du titre de l'aveu, et nous nous abstenons pour le moment de la traiter.

12. Quelquefois la loi renverse les rôles et oblige celui qui nie à faire la preuve. Lorsqu'une compagnie à fonds social réclame le paiement des actions souscrites, le certificat du secrétaire de la compagnie fait foi contre ses actionnaires et constitue une preuve *prima facie*. C'est à l'actionnaire à produire une preuve contraire.

13. Il arrive également que le législateur dispense de toute preuve quelconque. Dans les obligations pour le paiement d'une somme de deniers, les dommages intérêts sont dus du jour de la mise en demeure sans que le créancier soit tenu de prouver aucune perte [2].

14. L'usage des preuves ne regarde pas cependant les faits dont la vérité est présumée. Ainsi tout homme étant présumé sain d'esprit, je n'ai pas besoin d'alléger ni de prouver que Pierre l'était lorsqu'il m'a consenti une obligation [3].

---

[1] 1 R. L., p. 610.
[2] 1077 C. C.
[3] Taylor § 370.

15. Les officiers publics étant présumés agir suivant la loi, c'est à la partie qui attaque leurs procédures à faire preuve. Ainsi lorsqu'un procès verbal d'huissier constate la saisie de tel ou tel effet c'est à la partie saisie à établir que l'huissier ne lui a pas laissé la réserve que la loi lui accorde. Cette négative est d'ailleurs de droit.

16. Cette règle que la preuve incombe à celui qui est combattu par une présomption, s'applique à tous les étages de l'enquête. Ainsi les présomptions peuvent être d'abord en faveur du demandeur et ensuite contre lui.

Par exemple, dans une action en revendication, il suffit au demandeur de prouver qu'il a été dépouillé par violence pour que le fardeau de la preuve retombe sur le défendeur. *Spoliatus ante omnia restituendus* [1]. De même, lorsque le demandeur a prouvé qu'il a perdu la possession par vol, le défendeur est obligé de prouver qu'il a acquis de bonne foi, sur un marché ou dans le cours d'une opération commerciale [2].

Lorsque l'existence d'une société a été prouvée, elle est présumée continuer à moins qu'on n'établisse sa dissolution.

Il en est ainsi pour le domicile, celui qui allègue le changement doit en faire preuve et d'un commerçant en semblable matière [3].

Lorsque le voyageur a prouvé qu'un accident lui est arrivé par suite d'un déraillement, il incombe à la compagnie de prouver que ce déraillement est arrivé sans sa faute, par force majeure ou par cas fortuit [4].

---

[1] 14 R. L., 263.

[2] 1488, 1489, 2268 C. C. ; 5 R. L. 93.

[3] 4 R. L., 11.

[4] 7 Jurist, 141 (au conseil privé) et 11 L. N. 315 (en Cour Suprême).

Lorsque sur votre demande en vérification d'un testament j'ai prouvé que le testateur était fou antérieurement à la date de son testament, la preuve vous incombe d'établir qu'il ne l'était plus [1].

17. Les règles qui précèdent s'appliquent également aux enquêtes qui peuvent être requises sur les exceptions préliminaires. Le demandeur allègue qu'il vous a vendu des marchandises à Montréal. Par exception déclinatoire, vous prétendez les avoir achetées à St-Jean. Une enquête est nécessaire. La preuve incombe évidemment au demandeur [2].

18. Le défaut de preuve est fatal à celui qui est obligé de la produire. *Actore non probante, reus absolvendus est.* Quand la preuve est possible, une présomption n'est pas suffisante. Dans la cause de *Hathawag et al vs. Chaplin*, les demandeurs réclamait des dommages pour pertes de bestiaux expédiés en Europe et ils se contentaient de produire l'état de leurs agents à Liverpool établissant cette perte. Cette preuve fut avec raison considérée insuffisante [3].

En matière civile, lorsqu'il y a conflit de preuve, le devoir du juge est de rechercher quelle est la plus probable.

Toutes choses égales, il doit donner le bénéfice du doute au défendeur. Le droit romain permettait au juge d'entendre d'abord la preuve du défendeur lorsqu'il était convaincu que ce dernier pouvait prouver en un instant un fait décisif. Cette permission est quelquefois accordée dans les affaires de peu d'importance [4].

---

[1] Taylor §370 ; 3 M. L. R. 324, C. B R. renversé en C. Suprême.

[2] 2 M. L. R. (S. C.) 282 ; 9, L. N. 359 ; 19, R. L. 80.

[3] 7, M. L. R., 317 ; (Q. B.)

[4] Voët, Comm. ad pandectas, vol. III, lib. XXII ; tit. III § 8.

19. En principe, lorsqu'une partie a déclaré sa preuve close, elle n'est plus admise à en produire. Cependant cette permission est accordée lorsque la partie adverse n'a pas commencé son enquête ou lorsque le juge est convaincu qu'il y a eu oubli de la part de l'avocat et qu'une preuve décisive peut être facilement produite.

Il n'est pas permis non plus en contre-preuve de chercher à prouver des faits que l'on aurait dû prouver dans son enquête [1]. Si le demandeur prouve incidemment un fait contredisant la preuve que doit faire le défendeur, il n'est pas nécessairement exclu de contredire plus tard la preuve du défendeur [2]. Cette matière est du ressort du juge.

2IÈME PARTIE

Aidé de ces principes généraux, nous allons passer à l'examen des principales difficultés qui se présentent dans la pratique.

20. Les cas où la loi détermine elle-même qui devra fournir la preuve sont bien moins nombreux que ceux sur lesquels elle garde le silence.

Citons quelques-uns des premiers.

La loi oblige celui qui réclame un droit échu à un absent de prouver que cet absent existait quand le droit a été ouvert [3]; elle oblige également l'épouse de l'absent qui veut se remarier à rapporter preuve certaine du décès de son conjoint [4].

La fraude ne se présumant jamais, c'est à celui qui l'allègue à la prouver [5].

---

[1] Taylor § 386.
[2] Taylor § 387 et 388.
[3] Art. 104 C. C.
[4] Art. 108 C. C.
[5] Art. 993 C. C.

L'article 1054 oblige les père, mère, tuteur, curateur et instituteurs à prouver qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui a causé le dommage.

21. Il est assez difficile de faire une classification des différentes espèces non prévues par le code et qui se présentent dans la pratique. Nous croyons que pour l'intelligence de la matière il vaut mieux les diviser en trois classes suivant que la preuve est offerte dans une action basée sur un contrat ou un quasi-contrat, sur un délit ou un quasi-délit, sur la possession ou la propriété.

Sec. I.—Contrat et quasi-contrat.

22. Parlons d'abord de la lésion. La preuve en cette matière présente plusieurs difficultés.

Le mineur est-il présumé lésé ? Gabriel cite les deux exemples suivants en faveur de l'affirmative. " Ainsi, " dit-il, un mineur vient répéter une somme qu'il dit " avoir induement payée ; la vérité du fait au soutien " de sa demande, se déduit de la présomption d'inca- " pacité que la loi attache à son âge.

" C'est donc à celui qui a reçu l'argent à prouver " qu'il lui était bien et légitimement dû. Pour la " même raison si on paie à un mineur une créance, il " n'en aura pas moins action pour en obtenir le paie- " ment une seconde fois, à moins que le débiteur " n'établisse que la chose payée a tournée à son profit " et qu'il ne l'a point dissipée [1]."

Le dernier exemple est suivi sous notre droit, mais nous ne pouvons pas en dire autant pour le premier. Notre jurisprudence et notre code sont plutôt au con-

---

[1] Des preuves, n. 239.

traire. C'est au mineur à prouver qu'il a été lésé [1].

On objecte le mineur est incapable de contracter [2]. N'y a-t-il pas dans ce fait une présomption qu'il a été lésé ?

N'est-il pas juste que son co-contractant soit forcé de prouver le contraire [3].

Nous croyons cependant qu'en général le mineur doit prouver lésion. En effet s'il faut pour être restituable être non-seulement mineur, mais lésé ; il faut alléguer et prouver sa minorité et sa lésion. *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.* La lésion de même que l'erreur, le dol, la violence est une exception, elle ne se présume pas.

L'article 1009 du Code Civil dispense les mineurs de prouver lésion lorsqu'ils demandent la restitution de leurs immeubles aliénés sans les formalités voulues par la loi.

On peut donc en conclure, par argument *a contrario*, que cette preuve leur incombe dans les autres cas.

23. Mais une fois que le mineur a prouvé lésion ou défaut d'accomplissement des formalités voulues pour l'aliénation de ses propriétés il est restituable, et la partie qui veut rentrer dans les sommes qu'elle a déboursées ou les choses qu'elle a échangées, est obligée de prouver que le mineur en a profité [4].

C'est ce que dit Duranton : " Il est à remarquer que " quoiqu'un mineur ne dût pas être relevé à raison

---

[1] 4 Jurist, 60 : 20 Jurist, 37 et 134 ; 1 Q. L. R. 187 et 3 L. N. 332.

[2] Art. 986 C. C.

[3] Voyez à ce sujet la savante dissertation de M. le Juge Taschereau au vol. 18 du Jurist, p. 12 et comparez avec celle de M. le Juge Meredith, 1 Q. L. R. 187.

[4] Art. 1011 C. C.

" d'un acte qu'il a passé, parceque cet acte ne lui cau-
" sait point par lui-même de lésion ; néanmoins, il
" pourra l'être contre le paiement qui lui aura été fait
" en exécution de ce même acte, surtout lorsqu'il con-
" sistera en argent ou autres choses mobilières,
" attendu que l'argent compté à un mineur est facile-
" ment présumé livré *perdituro* ; sauf à l'autre partie
" à prouver le bon emploi [1]."

Le code civil lui-même déclare que le paiement fait au créancier incapable ne libère point le débiteur, à moins qu'il ne prouve que la chose payée a tourné au profit de ce créancier [2].

On se tromperait si l'on voyait dans la doctrine qui précède une confusion des principes. Il n'en est rien certainement. Quand un mineur allègue qu'il a payé induement il allègue une chose qui ne se présume pas, bien plus la présomption légale est contre lui : tout paiement suppose une dette [3].

Le paiement fait par le mineur étant présumé légitime la preuve de la lésion lui incombe.

Ainsi en est-il pour la partie qui invoque une exception contre un mineur.

Elle prétend l'avoir payé valablement en l'absence de son tuteur, qu'elle prouve qu'il en a profité et elle sera libérée.

En résumé ; la preuve de la lésion incombe au mineur, celle du profit qu'il a retiré incombe au débiteur. Voilà autant que nous pouvons nous en assurer la théorie de notre droit civil sur cette matière.

24. Quant à l'incapacité des parties lorsqu'il s'agit d'une femme mariée ou d'un mineur commerçant, elle présente des questions intéressantes. Comme on le

[1] Cours de Droit Civil, vol. 10, n. 288.

[2] Art. 1146 C. C.

[3] Art. 1140 C. C.

sait ces personnes sont incapables de contracter seules excepté pour leur commerce.

En France la loi présume que tout engagement fait par un commerçant est commercial et cette disposition du code de commerce pour n'être pas reproduite dans nos lois n'en est pas moins admise ici.

Cette présomption s'applique-t-elle au cas qui nous occupe ?

Les opinions sont fort partagées sur ce sujet parmi les commentateurs français.

En effet, il y a ici deux présomptions en présence. L'une qui veut que la personne, à raison de son âge ou de son état, soit présumée incapable; l'autre qui exige que son commerce la fasse considérer comme majeure.

Marcadé qui a coutume de résoudre les questions au point de vue des principes, en fait une question de circonstance : " On conçoit l'importance de la ques- " tion, dit-il. Si l'on présume la commercialité de " l'acte, ce sera à la femme qui en demande l'annula- " tion de prouver qu'il n'a pas eu lieu pour son com- " merce; si l'on admet la présomption contraire, ce " sera au tiers qui a contracté avec la femme d'établir " que l'acte était relatif au négoce de la femme. Par " qui donc la preuve devra-t elle être faite ? La déci- " sion, selon nous, dépendra des circonstances de l'acte, " de la forme suivant laquelle l'engagement a été " pris. Ainsi, quand l'acte a été fait par-devant " notaire, comme ce n'est point ainsi que se font le " plus souvent les actes commerciaux, pour lesquels " il faut plus de célérité, et que dans l'acte notarié on " a le temps de réfléchir et de prendre des précau- " tions, on devra s'en tenir à la présomption contraire " au tiers, et mettre à sa charge la preuve de la com- " mercialité du contrat. Mais s'il s'agit d'un billet,

" d'un de ces actes souscrits avec la rapidité que de-
" mande ordinairement le commerce, on devra décider
" contre la femme, jusqu'à ce que la preuve de non-
" commercialité soit administrée par elle [1]."

Nous croyons que la présomption est en faveur de de la femme et du mineur pour la raison que leur incapacité est la règle. Cette règle subsiste même pour les commerçants. C'est par exception qu'ils sont réputés majeurs pour les faits relatifs à leur commerce. Mais quand la nature même de l'acte, par exemple, la souscription d'une lettre de change, repousse cette présomption, alors les rôles sont intervertis et c'est au mineur à faire preuve.

Mais nous n'appliquerions pas cette distinction au cas de souscription d'un simple bon ou billet. Cet acte n'étant pas commercial de sa nature.

Cette solution est généralement admise [2].

25. Tout écrit d'une partie est présumé véritable. Mais s'il est argué de faux, la présomption disparaît et le porteur est forcé de prouver qu'il est émané du défendeur.

Comme nous l'avons vu, M. Talbot dans un écrit publié à la page 268 du vol. I de cette revue a soutenu avec beaucoup d'habileté que la preuve incombe au prétendu souscripteur de l'écrit.

Nous nous contenterons de renvoyer nos lecteurs à la critique que nous en avons faite aux pages 423 et suivantes, même volume.

26. L'absence des mots " valeur reçue, oblige-t-elle le demandeur à prouver qu'il a donné considération ?

Autrefois l'omission de ces mots obligeait le demandeur dans une action basée sur une lettre de change à

---

[1] Sur l'art. 220, n. 3.

[2] Pardessus, n. 62 ; 2 Duranton, n. 483.

prouver qu'il avait fourni valeur ? Mais depuis l'acte des lettres de change de 1890 toute lettre de change est présumée consentie pour valeur.

" The words *for value received*," dit M. Girouard [1] dans son dernier ouvrage sur les lettres de change, " are no longer necessary, and in fact perfectly useless, even from the point of view of procedure, for being no longer a *material* part of the instrument, the defendant cannot be called upon to deny it by an affidavit, as required by the Code of Procedure of the Province of Quebec [2]."

Voilà pour les billets et lettres de changes. La règle ne diffère pas dans les autres matières.

Il n'y a aucun doute que sous notre droit la considération est présumée quoiqu'elle ne soit pas mentionnée.

Dans le droit Romain l'omission de la cause était fatale au porteur de l'écrit.

" *Causam debiti quod attinet* " dit Voët," *eam instrumento inseri necesse est...... adeo ut omissio ejus efficiat onus probandi in eum rejici qui debitum sibi asserit.*" [3]

En Angleterre, la preuve de la considération incombe en général au porteur d'un écrit, lorsque cet écrit est " without a seal."

La règle de droit anglais est que " no deed, charter or writing can have the force of a deed without a seal."

" Among private writings, " dit Best." the first and most important are those which come under the description of " deeds " i. e.: " writings sealed and delivered." And they differ from inferior written instruments in this important particular, viz: that they

[1] Maintenant juge de la Cour Suprême.

[2] Bills of Exchange Act, 1890, p. 11 et 12.

[3] Vol. III, lib. XXII, tit. IV, n. 2 17, *Comm. ad pandectas.*

are presumed to have been made on good consideration ;.... whereas in contracts not under seal a consideration must be alleged and proved." [1]

La doctrine du droit romain n'a pas été suivie en droit français, cette doctrine n'est d'ailleurs point fondée en raison.

Lorsque Pierre a donné une reconnaissance à Jacques pour la somme de $100, la présomption naturelle est qu'il lui devait. Pierre aura beau objecter que pour que l'obligation soit valable il faut qu'il y ait considédération. Oui, répondra Jacques, de même qu'il faut qu'il y ait consentement et capacité ; et de même que Pierre est présumé capable par le fait qu'il a apposé sa signature au bas de l'écrit, ainsi doit-il être présumé qu'il devait.

L'article 989 du code déclare que l'écrit est valable quoique la considération n'en soit pas exprimée ; il incombe à la partie adverse d'en détruire l'effet. Cette théorie est d'ailleurs celle de l'ancien droit. " Exception d'argent non nombré, n'a point de lieu," disait Loisel.

" Par notre usage, disait l'avocat Durain, au parlement de Paris le 30 juillet 1706, tout homme qui a signé une promesse volontairement *sine metu* et *sine dolo* est lié naturellement et civilement et est astreint par sa signature à remplir son obligation, indépendamment du défaut d'expression de la cause."

" Donc c'est au débiteur, dit Gabriel, à détruire cette présomption, en prouvant qu'il n'y avait pas de cause; et comme une négative aussi vague, aussi indéterminée, ne pourrait vraisemblablement jamais se prouver, il suffira au débiteur, pour la transformer en proposition affirmative, d'alléguer que l'obligation fut

---

[1] Evidence, 7th ed., § 220.

sans cause, et de sommer le créancier de spécifier, avec toutes ses circonstances, celle qu'il prétend avoir donné lieu à l'engagement. Si celui-ci refuse de répondre, son silence, joint à la dénégation du débiteur, sera une preuve décisive de l'absence de la cause ; que si au contraire il en indique une, alors le débiteur pourra en prouver aisément la fausseté ou l'illusion."

27. Le tiers porteur d'un billet n'a pas de preuve à faire. Mais si le défendeur établit que ce billet a été obtenu par fraude, le tiers sera obligé de prouver qu'il l'a acquis de bonne foi et pour valable considération ; la loi présume que la fraude continue [1].

La preuve de ces deux éléments, la bonne foi et la considération, est nécessaire [2].

La cause de la *Banque Jacques-Cartier & Leblanc*, décidée par la cour d'appel, le 18 janvier 1892, n'est pas dans un sens contraire. En lisant le rapport avec attention on voit que la cour supérieure a trouvé qu'il y avait une présomption de fraude contre la banque, tandis que la cour d'appel a décidé que la banque avait établi sa bonne foi [3]. Cette règle ne s'applique pas aux contrats civils ; le tiers acquéreur n'ayant pas plus de droit que son cédant.

D'après les usages du commerce, les premiers endosseurs d'une lettre de change sont obligés d'indemniser les endosseurs subséquents; c'est au défendeur à prouver que sous les circonstances cette responsabilité n'existe pas.

---

[1] Taylor, §. 309 ; La Thémis, vol. 2, 331 ; 6 L. N. 413 ; 145 R. L. 496 ; 3 M. L. R., 61 (Q.B.) Acte des lettres de change 1890.

[2] 58, L. J., 432 (Q. B.)

[3] 1 R. O. 128, C. B. R. Voy. contrà · 15 R. L. p. 14.

28. Dans une action en répétition, la preuve une fois faite qu'on a payé indûment, la présomption, d'après les auteurs, est qu'on a payé par erreur.

" Et cette présomption est toute naturelle, dit " Larombière. Quel est en effet, ainsi que le dit la " loi romaine, l'homme assez dépourvu de sens pour " dissiper sa fortune dans des payements sans " cause ? " ......

" Tout payement supposant une obligation, l'exis- " tence de cette obligation en est la cause, comme son " extinction en est le but. Cette cause, il la porte " naturellement en lui-même ; mais lorsqu'elle est " prouvée et reconnue fausse, par suite de la non- " existence d'aucune obligation, c'est à celui qui a " reçu qu'incombe la charge de prouver que le paye- " ment avait une autre cause réelle [1].

" Mais s'il est prouvé, *continue cet auteur*, qu'il n'existait aucune sorte d'obligation, celui qui a reçu doit alors prouver que le payement a eu lieu sciemment, volontairement, avec parfaite connaissance. S'il ne fait cette preuve que d'une manière incomplète, la répétition de l'indu est exercée à bon droit. Dans le doute, il vaut mieux se prononcer en faveur de la répétion que pour un profit adventice ; *in re obscurâ melius est favere repetitioni quàm adventitio lucro*, dit la loi romaine "[2].

29. Une autre question, qui se rencontre très souvent dans la pratique, est de savoir quelle preuve incombe au serviteur qui a été renvoyé avant l'expiration de son terme d'engagement et qui réclame des dommages intérêts. Lui suffit-il de prouver son engagement et son renvoi illégal ?

---

[1] Larombière, art. 1376, n. 30.

[2] L. 41, § 1 ff. De reg. jur. ; n. 31.

Le serviteur qui prouve son engagement à l'année et son renvoi avant terme a les présomptions en sa faveur. A ne consulter que les principes généraux de la preuve, qui veulent que celui qui a établi une présomption en sa faveur rejette le fardeau de la preuve sur son adversaire, le demandeur après avoir prouvé son renvoi illégal, serait en droit d'attendre les témoignages du défendeur ;

La doctrine et la jurisprudence sont en parfait accord avec la théorie.

Citons d'abord Pothier.

" Lorsque c'est par la faute du maître que le servi-
" teur a quitté son service avant le temps, par rap-
" port aux sévices du maître, ou parce qu'il lui refusait
" les choses nécessaires à la vie, ou, si c'est une ser-
" vante, parce qu'il a attenté à son honneur, le servi-
" teur peut être admis à la preuve de ces faits, et s'il
" les justifie, non-seulement il ne doit pas de dom-
" mages et intérêts à son maître, mais, suivant le 4e.
" de nos principes, son maître n'est pas déchargé
" envers lui des gages qui restent à courir pour le
" restant du temps de son service, puisque c'est la
" faute du maître qui est le créancier de ses servi-
" teurs, qu'il ne les lui rend pas. Le maître doit, en
" ce cas, payer au serviteur l'année de ses services, et
" et il peut même être condamné aux dommages et
" intérêts du domestique."

" Lorsque le sujet pour lequel le serviteur a quitté le service de son maître, n'est pas bien grave, le juge peut ordonner que le serviteur retourne achever son service...... ou, s'il ne l'oblige pas à retourner, qu'il peut condamner le maître à lui payer l'année de ses services, et il doit faire distraction sur cette année de la somme qu'il estimera que le serviteur peut vraisemblablement gagner ailleurs pendant ce qui reste

du temps de son service, en faisant cette estimation au plus bas prix.

D'après Pothier, l'action du serviteur naît au jour du départ, ses gages sont la mesure de ses dommages.

Cette doctrine est encore la seule admise en France.

Dalloz, après l'avoir reproduite, ajoute : " Tel est aussi le sentiment de MM. Duranton, tome 17, n. 235, et Troplong, n. 869. MM. Duvergier, t, 4, no 298, et Coin-Delisle, Encyclop. des juges de paix, vo, Domestiques, n'admettent pas la compensation proposée par Pothier : Elle lui paraît injuste par ce motif qu'on ne peut compenser une perte certaine avec un gain éventuel et incertain.

Mais Troplong, ibid., persiste, malgré cette critique, à soutenir l'opinion de Pothier. Par ces mots : "Ce que le serviteur peut *vraisemblablement* gagner," Pothier indique clairement, dit cet auteur, que si la position était telle que le serviteur eût beaucoup de peine à trouver une place, le juge devrait adopter un tempérament raisonnable pour qu'il ne perdit rien en attendant [1]."

Ces principes sont suivis par nos tribunaux.

Citons d'abord la cause de *Fortier* vs. *Racine*, où il a été décidé que : " The servant engaged by verbal or written contract and dismissed without cause, is entitled to wages for the rest of the term for which he was engaged and the value of his board and lodging for the same period [2]."

Nous trouvons ensuite la cause de *Goad* vs. *Macdonald* jugée en révision en 1877. An engineer sued for wages which would have been due if he had continued to hold his situation. He alleged that he had been wrongly dismissed, and he waited and sued for the time which had expired.

---

[1] Dalloz, *Rép.* vo. Louage d'ouvrage et d'industrie, n. 57.

[2] 2 Rev. de Lég., p. 108.

A person dismissed improperly might wait until the term of the engagement had expired and then sue for wages, or he might sue at once for damages for breach of the engagement.

The plaintiff had taken the former course. The plea was that he had been found incompetent and the defendant was justified in dismissing him. But in an anterior suit this matter was pleaded, and plaintiff was found competent.

The only question that remained was whether, during the time which had elapsed since his dismissal, he had same wages, for which the defendant ought to get credit.

The court did not see that he had earned anything. The proof on this point was insufficient to warrant modification of the jugement, and it was confirmed with costs [1].

La cour d'appel dit la même chose dans la cause de *Beauchemin & Simon*, dont le jugement se lit comme suit: " Held that the servant discharged without sufficient cause before the expiration of his term of hire cannot, if he sues for wages, claim for more than the portion of the term for which has expires at the dates of the institution of the action.

But, semble, he may bring an action of damages for breaking the contract and then the length of the unexpired portion of the terms may be taken into consideration in estimating the damages [2].

Dans la cause de *The Montreal Cotton Co. & Parkam*.

L'honorable juge en chef sir A. A. Dorion disait : " La perte de son salaire est le dommage réel que l'employé souffre, *à moins que le maître n'établisse que*

---

[1] 2 Q. L. D. 504.

[2] 1 L. N., p. 40.

cet employé a gagné ou pu gagner quelque chose ailleurs [1].

30. Je vous demande de me restituer le dépôt que je vous ai confié. Vous plaidez que vous l'avez perdu par force majeure ou par cas fortuit. La preuve vous incombe évidemment. *Depositarius omnis qui dicit se rem amisisse, probare id debet.*

L'article 1804 du code civil oblige en effet le dépositaire à rendre la chose reçue. L'article 1200 du même code dit qu'il pourra se libérer de cette obligation lorsque la livraison sera devenue impossible sans sa faute; mais le même article dit qu'il sera tenu de prouver le cas fortuit qu'il alléguera [2].

Cette présomption existe également contre une personne poursuivie en revendication. Si la chose périt pendant la saisie-revendication, le débiteur est tenu de prouver cas fortuit ou force majeure [3].

Après vente d'une maison, le vendeur qui détient par convention avec l'acheteur n'est pas soumis à cette obligation [4].

31. Une espèce qui se rapproche de la précédente, c'est la suivante: vous demandez à une compagnie de transport restitution de la chose que vous lui avez confiée. La compagnie plaide perte de la chose par force majeure. La preuve lui incombe en vertu des mêmes principes [5]. Quand elle a fait cette preuve

---

[1] 23 L. C. J., p. 146.

[2] Voy. cependant 13 L. N., p. 90.

[3] 12 R. L., p. 74.

[4] 15 R. L., p. 191.

[5] Art. 1675 C. C. ; I Rapp. jud. rev., p. 422 ; 8 L. C. R., 288 ; 9 L. C. R., 169 ; 13 L. C. R., 401 ; 19 L. C. R., 269 ; 3 Jurist, 269 ; 3 L. N., 76 ; 18 R. L., 83 ; 5 M. L. R., 169, 224, 292, (Q. B.) ; 1 R. O. (C. R. R.), 311.

elle n'est pas obligée de prouver qu'elle n'a pas été négligente [1].

La règle ci-dessus s'applique non seulement au cas de perte totale mais au cas de perte partielle ou de simple avarie [2].

31. Lorsqu'il s'agit de voyageurs, la question est plus douteuse. Suffit-il de prouver qu'un accident est arrivé à un voyageur à bord d'une voiture publique, pour que le voiturier soit obligé de prouver qu'il n'est pas en faute.

Il y a des auteurs qui l'enseignent [3]. Cette doctrine nous paraît mal fondée en droit. La compagnie qui transporte des colis est assimilée à un dépositaire [4] ; c'est évidemment en cette qualité qu'elle est obligée de rendre compte de la perte de la chose confiée.

Mais le transport des voyageurs n'a rien de la nature du dépôt ; c'est un simple louage de services.

La compagnie n'est pas tenue d'expliquer la disparition, ni la mort du passager ; elle ne saurait conséquemment être forcée de prouver comment l'accident est arrivé. Le voyageur qui se plaint doit établir quelque négligence de son voiturier [5].

Il suffit au voyageur dans un cas de collision de prouver que son voiturier est en faute Ce dernier n'a pas le droit de lui répondre qu'un étranger est la cause principale de l'accident [6]. Il suffirait au

[1] 3 R. L., 27.

[2] 17 R. L., 225 ; 32 Jurist., 319 ; 5 M. L. R. (Q. B.) ; 224 et 292.

[3] Hilliard, Law of Torts, vol. 1, p. 121 ; Cotelle, Lég. des chemins de fer, vol. 2, p. 136.

[4] Art. 1672 C. C.

[5] Voy. sur cette question XI L. N., 315.

[6] 5 M. L. R. (Q. B.) 340 ; 18 R. L., p. 544 et 11 L. N. 495.

voyageur, par exemple, de prouver que l'accident ne serait pas arrivé si le cocher eut arrêté sa voiture. La preuve d'un déraillement est même suffisante, [1] *primâ facie*.. Le voyageur n'est donc pas dispensé de toute preuve. Cependant une doctrine plus sévère paraît prévaloir devant les tribunaux [2]. Quant aux étrangers qui sont blessés en traversant une voie de chemin de fer, il va sans dire qu'il doivent établir la négligence de la compagnie [3].

32. Les hôteliers [4], les gagistes [5], et les gardiens judiciaires sont tenus de faire la même preuve que les dépositaires.

Si la perte de la chose est arrivée par la faute du gardien, la loi lui permet de se libérer en payant la valeur des effets confiés à sa garde. A qui incombe la preuve de la valeur? Au gardien, avait décidé l'ancienne jurisprudence.

En effet, c'est lui qui pour se libérer de la contrainte par corps est obligé d'établir que les effets disparus ne valaient que la somme qu'il offre; la preuve lui incombe donc nécessairement. Le code de procédure a confirmé la jurisprudence sur ce point [6].

33. Qui doit faire la preuve dans le cas d'une poursuite contre un cultivateur pour un accident arrivé à un animal qu'il a pris en pacage? Cette question a été violemment controversée devant les tribunaux.

Il nous semble cependant que cette preuve incombe au cultivateur. Cette convention participe évidem-

---

[1] 7 Jurist. 141 (cette décision est du conseil privé.)

[2] 2 M. L. R., (Q. B.), 208 ; 2 R. O., 399 (C. B. R.)

[3] 3 L. N., 98 ; 1 M. L. R., 353.

[4] 21 Jurist. 265 ; art. 1814 & 1815 C. C.

[5] Art. 1973 C. C.

[6] Art. 597 C. P. C.

ment de la nature du dépôt. Il ne lui manque qu'un élément, c'est la gratuité. Vu que cet élément est essentiel au dépôt, nous sommes bien forcé de convenir que le cultivateur n'est pas un dépositaire.

Le contrat dont il s'agit ne constitue pas non plus un simple louage de service.

Il y a certainement pour le cultivateur qui reçoit des animaux en pacage ces deux obligations du dépôt : celle de prendre soin de la chose confiée et celle de la rendre à son propriétaire.

Le droit romain définit en effet le dépôt : " *est ea conventio quâ id agitur ut rem meam custodias, et mihi possideas, non tibi, eamque mihi reposcenti restituas.*"

Il importe peu d'ailleurs de déterminer la nature exacte de cette convention, il suffit pour notre argument qu'il soit admis que le cultivateur dans l'espèce que nous étudions est obligé de rendre l'animal qui lui a été confié.

Ce point étant admis, nous disons que l'article 1200 du code civil l'oblige de prouver que l'accident est arrivé par cas fortuit.

Ecoutons sur ce sujet les préceptes du sage Pothier; " Lorsque le débiteur d'un corps certain, qui n'est pas " chargé des cas fortuits, et qui est seulement tenu " des accidents qui seraient arrivés par sa faute, " allègue que la chose par lui due est périe ou a été " perdue sans sa faute, ou par un cas fortuit, est-ce " au créancier à prouver que la perte est arrivé par " la faute du débiteur ? Je pense qu'on doit décider " que c'est au débiteur à prouver le cas fortuit."

" Si un demandeur est obligé de fournir la preuve " de ce qui sert de fondement à sa demande, le défen" deur est obligé de fournir, pareillement, la preuve " de ce qui sert de fondement à ses défenses."

Le demandeur dans notre cas n'a qu'une chose à

prouver: qu'il a confié un animal au défendeur. Ce dernier pour se libérer devra établir qu'il lui est impossible de le rendre sans aucune faute de part.

" On trouvera cependant au vol. 19e de la *Revue Légale*, p. 270, une décision qui paraît aller à l'encontre de cette doctrine, mais il suffit de lire les arrêts qui ont été prononcés en cette affaire pour se convaincre qu'ils n'ont décidé que la question de fait.

SEC. II.—*Délit et quasi-délit.*

34. Dans une action en dommages pour fausse arrestation, qui doit faire la preuve? Si l'action était intentée pour une arrestation en vertu d'un bref de *capias*, la question ne pourrait souffrir aucune difficulté. L'article 796 du code de procédure déclare que c'est au demandeur à prouver absence de cause probable. Mais si l'action est intentée pour une arrestation injuste devant les tribunaux criminels, nous n'avons aucun texte de loi pour nous guider.

Cependant la doctrine généralement reconnue en ce pays, c'est que le demandeur doit prouver malice et absence de cause probable [1]. Cette théorie n'est pas admise par tous nos juges. Nous trouvons dans nos annales judiciaires une théorie contraire. D'après cette théorie, savamment expliquée à la page 104 du vol. 31 Jurist, il suffirait au demandeur d'alléguer son arrestation, sa détention et sa libération.

Examinons d'abord cette dernière doctrine. Sous l'empire du droit romain il fallait qu'il y eût calomnie ou témérité de la part de l'accusateur; l'ancien droit français conserva cette règle; le droit français

[1] 6 Q.L.R., 162; Ramsay's Appeal cases, 296; 8 R.L., 727; 9 R. L., 547; 1 L. N., 32; 2 L. N., 1 & 5; 5 L. N. 257; 30 Jurist., 292; 6 R. L., 71; 1 R. O., 433 (C. B.R.); contrà: 17 L. C. R., 473.

moderne la reproduisit dans le code criminel. Mais on prétend que l'article 1053 de notre code s'appliquant à la matière, il n'y a plus lieu de recourir aux anciennes ordonnances et de là on conclut qu'il suffit maintenant de prouver le fait dommageable.

Nous croyons que cet argument n'est pas valable. D'abord, l'article 1053 (qui reproduit les articles 1382 & 1383 du code Napoléon) n'est pas nouveau, et pour l'appliquer à un cas particulier et en saisir le sens véritable, il faut recourir, dans chaque cas, à notre ancien droit français; ensuite, cet article s'appliquant à la matière que nous étudions (ce qui ne fait aucun doute), permet-il au demandeur de se contenter de prouver le fait dommageable ? Evidemment non, l'article 1053 exige non seulement la preuve du dommage, mais la preuve de la faute, et quand l'ancien droit exige preuve de cette faute, savoir: preuve de calomnie ou de témérité, il n'y a rien là qui ne soit conforme aux dispositions de l'article 1053.

Examinons maintenant la question *à priori*. Une partie, comme nous l'avons vu, est dispensée de faire preuve quand elle a une présomption en sa faveur.

Celui qui vient d'être libéré est présumé innocent. Mais l'acquitement fait-il présumer calomnie ou témérité chez l'accusateur ? voilà la véritable question à résoudre. Le droit romain, le droit français ancien et nouveau, le droit anglais et la jurisprudence presque uniforme l'ont résolue dans la négative, et c'est avec raison. Il est admis en droit criminel que l'accusé doit avoir le bénéfice du doute, qui vous dit que le demandeur n'a pas eu ce bénéfice ?

La malice ne se présume pas, bien au contraire la loi présume toujours bonne foi; ce serait donc violer la loi que de présumer qu'une personne a agi de mauvaise foi, du fait que l'accusé a été libéré. L'accusa-

teur, par exemple, peut s'être contenté de jurer qu'il a raison de croire l'accusé coupable, la libération prouve-t-elle qu'il est en faute ? L'accusateur peut avoir juré que vous avez tué et vous pouvez avoir été cependant libéré sur preuve de circonstances atténuantes. Concluons donc que la libération de l'accusé. ne fait pas présumer faute et conséquemment celui qui réclame des dommages doit prouver *calomnie ou témérité.*

Dans la pratique de nos tribuneaux, ces termes sont remplacés par les mots *malice* et *absence de cause probable,* et nous croyons que ces termes sont équivalents; en effet nos tribunaux ont souvent décidé que du moment que le demandeur a prouvé la fausseté de l'accusation, la malice se présume [1]. Légalement, quand il y a témérité, il y a absence de cause probable. Mais si nous admettons avec la jurisprudence que c'est au demandeur à faire preuve, nous croyons cependant qu'il n'est pas obligé de prouver malice et absence de cause probable.

Sans doute que la preuve de malice serait nécessaire pour obtenir des dommages exemplaires, mais quand la partie réclame en outre des dommages réels, ses frais de défense par exemple, la perte de temps occasionnée par sa détention ; il suffit, dans notre humble opinion, qu'elle prouve qu'il y a eu témérité ou absence de cause probable. Ces deux éléments paraissent requis en effet par le droit anglais, mais il n'était pas requis dans l'ancien droit français, et ils ne le sont pas non plus par l'article 1053 du code civil, car c'est le droit français qui régit cette matière.

Cette question étant une question de droit civil, une question d'obligation, il n'y a pas lieu d'appliquer le droit anglais. On trouvera cependant au 3e vol. du

[1] 16 R. L., p. 433.

L. N., pp. 237 et 238, l'énoncé d'une doctrine contraire. " Therefore, disait le juge en chef Johnson, " though our civil rights depend generally on the " ancient law of France, yet what constitues the right " of action for malicious prosecution must be determined by the law giving the right to prosecute." Mais, même dans cette cause, les préceptes du droit français furent appliqués, car le défendeur fut condamné à des dommages nominaux, quoiqu'il y ait eu absence de malice.

En résumé, nous croyons que c'est toujours au demandeur à faire preuve de la malice ou de l'absence de cause probable; que la preuve de la malice est nécessaire afin d'obtenir des dommages exemplaires et que la preuve de l'absence de cause probable est requise pour donner droit à des dommages réels ou nominaux [1].

Nous ne pouvons pas accepter l'opinion de la cour de " cassation: " nul n'est en faute s'il n'a fait qu'user de " son droit, et c'est un droit pour les particuliers de " soumettre aux tribunaux les différends qui les divi- " sent. Que l'exercice de ce droit ne pourrait devenir " une faute qu'autant qu'il constituerait ou un acte de " malice ou de mauvaise foi, ou un acte d'erreur gros- " sière équipollente à dol [2]." L'article 1053 réprime même la négligence.

35. Dans les procès pour diffamation ou libelle on suit une règle contraire. Le demandeur est toujours présumé innocent et il incombe au défendeur d'établir la vérité de ses imputations, soit pour mitigation des dommages, soit pour faire renvoyer l'action quand l'accusation était dans l'intérêt public [3].

---

[1] Voyez cependant 2 R. O., 164 C. B. R., où l'hon. J. Bossé dit que la jurisprudence moderne, en France, s'accorde avec le droit anglais.

[2] D. 89, 1, 284. Le chemin de fer du Nord & Luillir.

[3] 15 R. L., p. 234.

36. Dans une poursuite en diffamation, lorsque le demandeur allègue que le défendeur l'a diffamé en son absence il y a plus d'un an, à qui incombe la preuve de la date de la connaissance ?

Cette question est fort controversable. Sous l'ancien droit elle ne souffrait aucune difficulté. Dunod dit en parlant des actions pour injures : " Mais celle qui " a lieu pour les injures verbales et par écrit, ne dure " qu'une année à commencer depuis que l'offensé a pu " probablement être informé de l'injure " [1].

Et Dareau, l'auteur qui fait encore autorité sur cette matière, disait : " Il faut pourtant remarquer que la " prescription ne commence que du jour que le deman- " deur a eu connaissance de l'injure, et qu'en ce cas il " en est cru à son affirmation, *à moins qu'on ne lui prouve* " *le contraire* " [2]. Il suffisait au demandeur d'offrir son affirmation sous serment [3].

La difficulté que nous voyons dans le cas qui nous occupe résulte des dispositions nouvelles de l'art. 2267 du code civil. Cet article déniant l'action après le délai de la prescription, la pratique de nos tribunaux oblige le demandeur qui intente son action après les délais à alléguer une reconnaissance ou une promesse qui interrompt la prescription.

Le demandeur doit-il alléguer et prouver qu'il y a moins d'un an que l'injure est parvenue à sa connaissance ? La cour d'appel paraît l'avoir décidé dans une cause où elle renversa le jugement de la cour de révision de Québec [4].

---

[1] Prescription, p. 220.

[2] Des injures, ch. X, sec. I, n. 3.

[3] 15 Q. L. R., 275 ; Ce genre de preuve fut admis aussi par l'hon. J. Lynch. 1 R. O., 97, (en ap.)

D'après la Revue Légale, 18 R. L., 374, la cour d'appel aurait prononcé sur la question de droit. D'après les Rapports de Québec, 15 Q. L. R, 275, elle n'aurait décidé que des faits. Voyez aussi I Jurist, 31.

La cour de revision de Montréal s'est prononcée formellement dans ce sens [1]. Il est du devoir du praticien de s'incliner devant ces décisions des tribunaux, comme c'est celui de l'écrivain de voir si elles sont indiscutables.

La loi impose le fardeau de la preuve à celui qui invoque un moyen tendant à éteindre l'action du demandeur.

Le défendeur qui plaide la prescription d'un an est donc obligé d'en faire la preuve. Admis, direz-vous, mais dans notre cas, le défendeur n'a pas besoin de plaider prescription, la loi y supplée, le demandeur est présumé avoir eu connaissance de l'injure au moment où elle est née.

Il nous semble que ce raisonnement pèche par la bâse. Le demandeur ne saurait être présumé avoir eu connaissance de l'injure. Une présomption doit avoir un fondement, celle-ci n'en a pas. La présomption est plutôt au contraire. Vous m'attaquez en mon absence. La présomption est que je n'en ai eu connaissance que plus tard.

L'article 2267 ne peut atteindre notre cas. Si je me contente d'alléguer qu'en mon absence vous m'avez injurié il y a plus d'un an le juge ne peut d'office renvoyer mon action, car il ne peut d'après ces allégations conclure que la prescription est acquise. Le code est formel en effet sur ce point. La prescription ne commence qu'au jour où la connaissance en est parvenue à la personne offensée. Prouver la date de la commission du délit, c'est donc une preuve insuffisante pour faire renvoyer une action. Autrement il faudrait corriger le code et dire que la prescription remonte au jour de l'offense, à moins que l'offensé n'en

---

[1] I R. O., p. 96, C. S. Il s'agissait d'une action paulienne.

ait eu connaissance plus tard. Telles sont les objections que nous suggère la rédaction de l'article 2262, et si l'on tient compte de l'ancien droit sur cette matière et des présomptions tirées de la nature de l'espèce qui nous occupe, on est en droit de se demander quelle sera la jurisprudence définitive sur cette matière. Nos tribunaux sous l'empire du code ont accepté quelquefois l'affirmation assermentée du demandeur [1].

Cependant, en France, dans le cas d'action en rescision fondée sur l'erreur ou sur le dol en vertu de l'art. 2258, si le demandeur allègue qu'il n'a découvert son erreur ou la fraude que depuis moins de dix ans, Bonnier enseigne que la preuve lui incombe. Ce n'est pas seulement parce qu'il s'agit d'un fait intime, dit cet auteur, mais c'est qu'en définitive en excipant de la découverte postérieure qu'il a faite de l'erreur ou du dol, le demandeur en nullité propose une réplique au moyen de prescription opposé par le défendeur [2].

37. La responsabilité des accidents du travail offre de grandes difficultés lorsque la cause de l'accident est inconnue

Il n'y a aucun doute que sous notre jurisprudence actuelle l'ouvrier qui se pourvoit en dommages-intérêts contre son patron est tenu de tout le fardeau de la preuve. Il est bien vrai que la jurisprudence moderne oblige le maître à protéger son ouvrier, même contre sa propre imprudence, et que par l'application du principe contenu à l'art. 1071 C.C., ce dernier devrait être tenu d'indemniser la veuve et les enfants de la victime, à moins qu'il ne prouvât que l'accident provient d'une cause qui ne peut lui être imputée.

[1] 15 Q. L. R., p. 275 ; 1 R. O., C. B. R., p. 87. Ces deux décisions ont été citées sur d'autres points.

[2] No. 37 *bis*.

Ainsi le veulent des jurisconsultes éminents, comme nos lecteurs peuvent s'en convaincre en consultant la savante étude publiée sur ce sujet par notre confrère M. Eugène Lafontaine, au vol. I de cette revue, p. 411. Mais si nous constatons que la jurisprudence a étendu la responsabilité du maître, elle semble peu se modifier quant à la preuve.

La cour suprême vient même, dans la cause de *Corcoran et Montreal Rolling Mills*, de décider qu'il ne suffit pas de prouver qu'il y a eu négligence et faute du patron, mais qu'il faut démontrer que l'accident a été causé par cette négligence.

Ainsi lorsqu'un accident arrive à un ouvrier pendant que cet ouvrier est seul dans son département, il ne suffit pas de prouver que la machine qui l'a tué n'était pas protégée suivant la loi, il faudra prouver en outre, que c'est par ce défaut de protection que l'accident est arrivé.

Il nous semble que cette décision est mal fondée. Nous avons déjà vu que le maître est obligé de protéger son ouvrier même contre sa propre imprudence. Si les règlements l'obligent de prendre certaines précautions, c'est parce que la loi présume que des accidents arriveront sans elles.

Il nous paraîtrait raisonnable, sous ces circonstances, de suivre cette présomption naturelle.

39. Dans une poursuite en dommages-intérêts résultant de la violation d'un brevet d'invention, le porteur du brevet a-t-il une présomption en sa faveur ? L'hon. juge Andrews a décidé qu'il n'avait pas de présomption légale [1] ; l'hon. juge Jetté a décidé qu'il y avait présomption [2]. Ces deux opinions peuvent se concilier.

---

[1] 14, Q. L. R., p. 126.

[2] 18 R. L. 597, Q. B. Cette décision de l'hon. juge Jetté a été renversée sur appréciation de la preuve.

Il n'y a pas de présomption de droit, mais une présomption de fait en faveur du breveté.

SEC. III—*Possession et propriété.*

39. Une présomption très forte est celle qui résulte de la possession. *In pari causa, melior est causa possessoris. Probat denique*, dit Voet, *is qui non possidet ; utpote quo deficiente in probatione, possessor vincit ac absolvendus est ; eoque nititur fundamento prudens Gaii monitum, cum ait, eum, qui destinavit rem petere, animadvertere debere, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est : ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere* [1].

La jurisprudence anglaise paraît en accord avec la nôtre sur ce point [2].

C'est pour ces raisons qu'il vaut mieux procéder par action possessoire quand on le peut ;

La détention de la propriété, même immobilière, créant une présomption qui a pour effet de rejeter le fardeau de la preuve sur la partie adverse.

Le premier souci du juge sera donc de déterminer qui a droit à la possession. Y a-t-il eu spoliation, la revendication ou la réintégrante seront d'abord décidées. *Spoliatus ante omnia restituendus.* Toute action pétitoire intentée avant la décision de l'action en réintégrante doit donc être arrêtée par exception dilatoire.

C'est également en vertu du même principe qu'en fait de meubles possession vaut titre, que le défendeur à une action en revendication n'est pas obligé de faire

---

[1] Comm. ad pand., vol. 3, lib. XXII, tit. III, n. XI.

[2] Best, 7th ed. § 366. Bonnier, n. 47 & 47 *bis*.

preuve. Il faut en dire autant du consignataire qui est en possession d'un connaissement [1].

Nous verrons plus loin quelle application judicieuse nos tribunaux ont faite de ce principe de la possession, lorsque nous étudierons le commencement de preuve par écrit et les règles de la preuve testimoniale.

La possession doit être réelle et physique. Il faut par exemple dans une action en complainte que le demandeur établisse qu'il a possédé *de facto* pendant plus d'un an. Mais s'il a produit son titre et qu'il prouve qu'il était en possession lors du trouble il sera présumé avoir possédé l'immeuble depuis la date de son acquisition.

Lorsque cette possession n'est pas entachée de vices, en matière mobilière, elle crée une présomption des fortes.

La femme séparée de biens qui possède ses meubles dans une maison dont elle a obtenu le bail en son nom personnel est présumée propriétaire.

40. Cette présomption joue un grand rôle quand il s'agit du don manuel.

D'après M. Bressolles : "Dans les temps antérieurs aux XVIe siècle et à la rédaction des Coutumes, la question (est-il besoin de le dire?) se résolvait aisément pour le donataire. A cette époque, nous l'avons vu, régnait le principe "*Mobilia non habent sequelam*" et la possession valait, à elle seule, titre absolu de propriété. Entre autres conséquences, il s'ensuivait qu'un donataire de meubles particuliers, ayant reçu livraison, pouvait, sans s'inquiéter d'autres preuves, n'opposer au donateur ou à ses héritiers que le fait de sa possession [2]."

Le même auteur prétend qu'au XVIe siècle, les idées romaines aidant, la possession mobilière perdit

[1] 6 Jurist, 97 ; Art. 1740, 1745, 2422, C. C.

[2] *Don manuel*, p. 60.

de son énergie. On voit cependant par les arrêts cités par cet auteur que la jurisprudence cesse d'être uniforme sur le point qui nous occupe [1]. Plus tard on revient à l'ancien principe. Et au XVIIIe siècle, la jurisprudence était certaine. En fait de meubles possession vaut titre [2].

Cependant sous notre droit la question nous paraît réglée par l'art. 2268 C. C.

" La possession actuelle d'un meuble corporel à titre de propriétaire fait présumer le juste titre. C'est au réclamant à prouver outre son droit, les vices de la possession et du titre du dit possesseur qui invoque la présomption ou qui en est dispensé d'après les disposition de présent article."

Puisque celui qui possède à titre de propriétaire, est présumé propriétaire, il faut que celui qui revendique contre lui prouve outre son droit les vices de cette possession, soit qu'elle soit précaire, c'est-à-dire à titre de prêt, de familiarité ou d'amitié, soit qu'elle soit entachée d'un autre vice énoncé en l'art. 2193 C. C.

Cette doctrine est admise en France [3]. L'article 2279 du C. Nap. diffère du nôtre, puisqu'il dit : " En fait de meubles possession vaut titre," etc. Mais nous ne pouvons sous notre code adopter l'opinion de certains auteurs français qui considèrent que cette présomption est *juris et de jure* [4].

41. En France, dans les actions négatoires, la preuve incombe à la partie demanderesse, d'après Bonnier[5]. Cette

[1] *Ibidem*, p. 61, 62 et 65. Sur l'ancien droit consultez Bourjon, t. I, p. 458, 459 et 1004.

[2] 2 Aubry et Rau, § 183, n. 4.

[3] Sir., 63, 1. 387 ; 2 Troplong, n. 1043, § 8. ; Merlin, vo *Revendication* ; 4 Duranton, n. 433.

[4] Vazeille, *Prescrip.* n. 674 ; contrà Aubry et Rau ; § 183, note 4.

[5] n. 46.

première proposition nous paraît être trop absolue et en suivant les développements de l'auteur on voit qu'elle ne contient pas toute sa pensée. Il est bien vrai, continue cet auteur, que tons les héritages sont présumés libres. Mais c'est là une simple présomption de fait qui peut être repoussée par une présomption contraire, par exemple, par la possession à titre de propriétaire de celui qui entend exercer la servitude.

Son système consiste à obliger le défendeur à dire en vertu de quel titre il prétend exercer la servitude afin de permettre au demandeur d'établir que ce titre n'a pas de valeur.

Mais produire un titre c'est faire une preuve, et puisque cet auteur oblige le défendeur à alléguer son titre par exemple, une donation, un testament, ceci constitue l'obligation de les produire et forme une véritable preuve.

Dunod qu'il cite sur ce point dit: "Comme la liberté est présumée de droit, celui qui agit par l'action négatoire ayant pour lui cette présomption, il ne doit être chargé d'aucune preuve ; c'est à la partie qui prétend la servitude de prouver qu'elle a été constituée ou prescrite, à moins qu'elle ne soit avouée être en possession, parce que sa possession détruirait la présomption de liberté."

Cependant ce système rencontre des contradicteurs [1], même en France où la loi diffère de la nôtre.

Il nous paraît donc certain que sous notre droit celui qui jouit de la servitude ne peut s'autoriser de sa possession pour rejeter le fardeau de la preuve sur le demandeur, car pas de servitude sans titre [2].

---

[1] Marcadé sur art. 1315, n. 2. Voy. Carré & Chauveau quest., 791 ; Sirey 67, 1, 10.

[2] 15 Jurist, p. 264 ; 1 R. C., p. 242. Voy. cependant 8 Jurist. 154. Comparez l'art. 548 avec C. C., avec 690 et 691 C. N.

Les auteurs français font la même dictinction lorsqu'il s'agit de déterminer qui doit faire la preuve lorsqu'il s'agit d'une servitude réclamée en vertu d'un titre ayant plus de trente ans.

Le porteur du titre a-t-il la possession actuelle, il est présumé avoir possédé pendant le temps intermédiaire. Si le réclamant n'a pas la possession actuelle, son titre étant prescrit à sa face, il doit prouver l'usage [1].

Il resterait beaucoup d'autres questions sur cette matière, mais il nous est impossible de les énumérer toutes en cet article. Nous nous estimerons heureux si les quelques notes qui précèdent peuvent être utiles à nos confrères.

PHILIPPE DEMERS.

---

[1] Bonnier, n. 47 *bis*; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Usage*, § 9, n. 3.

" Ce fut dans cette période (1550-1608) que le nom de batonnier fut particulièrement affecté au chef de l'ordre des avocats du parlement de Paris.

" Jusque-là ce titre n'étoit qu'accessoire à celui de doyen, à cause de la garde qui lui étoit confiée de la bannière ou baton de St Nicholas.

" En effet, il faut se rappeler que la Communauté des procureurs et l'Ordre des avocats s'étaient réunis dans la confrérie de St-Nicholas et que la bannière ou baton du saint se portoit, par honneur, chez le chef des avocats, qui en prenoit le titre de batonnier.

" Après la dissolution de la confrérie, le nom de batonnier lui resta, et ce ne fut que sous ce nom qu'il fut désigné dans le public, dans les tribunaux et dans les arrêts et règlements relatifs à la profession d'avocats.

" Cette dénomination a traversé plus de quatre siècles, et s'est trouvée consacrée par la législation." —*Fournel*, *Histoire des avocats*, vol. II, p. 380.

DANS LE PRET A INTERET, EN L'ASENCE DE CONVENTION CONTRAIRE, LE TERME EST PRESUMÉ STIPULE EN FAVEUR DU CREANCIER COMME DU DEBITAUR

L'article 1091 de notre code civil dit que le terme est présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des *circonstances* qu'il a aussi été convenu en faveur du créancier. Une obligation a été consentie par primus en faveur de secundus, le terme de remboursement est fixé, mais il n'y est pas dit en faveur de quelle partie. Primus pourra-t-il se libérer avant l'échéance du terme ? Il s'agit ici d'un prêt à intérêt ; dans ce contrat les deux parties sont intéressées au terme : le débiteur, parce qu'il peut compter sur ce délai pour se procurer les fonds nécessaires au remboursement, et le créancier parcequ'il a trouvé un placement pour son capital dont il retirera un intérêt pendant un temps déterminé. Est-il raisonable de supposer que prêteur aurait déplacé son capital s'il eût cru être obligé de le recevoir quelques jours après ? Non, sans aucun doute. Le terme est un élément du contrat, tout autant que le taux de l'intérêt. Le débiteur ne peut pas plus changer ce terme qu'il ne peut changer le taux de l'intérêt. Le prêteur, d'après la nature de son contrat se trouve dans une des circonstances prévues par l'article 1091, et le terme est présumé stipulé en sa faveur comme en faveur du débiteur. Par conséquent il ne peut être forcé de recevoir son capital avant l'échéance du terme.

Cette question a une grande importance pratique. Ainsi, une corporation émet des *débentures* pour un terme déterminé. Comptant sur un placement à longue

échéance, une personne achète ces débentures à prime. Le remboursement du montant de ces débentures avant leur échéance serait injuste en privant cette personne de son placement et en lui faisant perdre la prime payée. La loi n'a pu vouloir sanctionner une telle injustice, sous prétexte de favoriser le débiteur.

L'article 1187 du code Napoléon est conçu dans les mêmes termes que l'article 1091 de notre code. Les meilleurs auteurs français modernes interprètent cet article de la même manière.

Dans le prêt à interêt, dit Laurent, (vol. 17, No 180) le terme est présumé stipulé en faveur du créancier comme du débiteur. " Ainsi, ajoute-t-il, (No. 182) le débiteur ne peut pas restituer le capital pour faire cesser le cours des intérêts. Dans l'ancien droit, l'opinion contraire avait prévalu en haine de l'usure, ces idées sont loin de nous."

La même opinion est soutenue par : Aubry & Rau, (4,90) Duranton, (11,109) Larombière, (2, sur art. 1187, No 5) Colmet de Santerre, (5,110 bis) Massé, (Droit commercial, 3,382).

Rolland de Villargues, (Repertoire du Notariat, vo. terme, Nos 42, 43, 44) ne pense pas que dans tout prêt à intérêt fait pour un temps déterminé, le terme doive par cela seul être réputé stipulé en faveur du créancier comme du débiteur, et il fait la distinction suivante : S'il était dit : Je vous prête telle somme pour un an, ou pour cinq ans, on pourrait voir là l'intention du prêteur de faire un placement pour tout le temps convenu, sans permettre à l'emprunteur de rembourser plus tôt. Mais si le prêt était constaté sous la forme d'une simple reconnaissance de devoir, avec promesse de payer dans un an, dans cinq ans, comme alors le débiteur est le seul qui stipule, l'on doit supposer aussi qu'il a règlé le terme de paiement dans son intérêt seul.

Demolombe, (25, No 629) se sépare aussi des autres auteurs sur ce point.

Nos tribunaux ont été appelés à se prononcer sur cette question. Dans la cause de Ouimet vs Ménard, (M. L. R. S. C. 3, p. 42) la cour de révision, à Montréal, le 12 juillet 1886, accepta la doctrine de la majorité des auteurs français modernes et confirma le jugement du juge Buchanan qui avant décidé dans ce sens. La question revint de nouveau devant nos cours, dans la cause de La Société Permanente de construction des Artisans & Ouimet. Mais cette fois, la cour d'appel, le 6 février 1888, (R. J. Q. 14, p. 81) décida que, dans les circonstances, le terme était stipulé en faveur du débiteur. Le juge Cross ne partagea pas l'opinion de la majorité des juges, et s'appuyant surtout sur l'opinion de Duranton, voulut maintenir le principe que le terme dans le prêt à intérêt était présumé exister en faveur des deux parties.

D'après le rapport de la cause, il est évident que la cour d'appel n'a pas décidé cette question de droit. Elle n'a pas discuté l'opinion des auteurs, ni le principe adopté par eux, mais s'est plutôt attachée aux faits de la cause et a jugé que d'après les circonstances, d'après les actes du prêt et question, le terme n'avait été stipulé qu'en faveur du débiteur. Cela résulte clairement des notes du juge Church qui a prononcé le jugement de la cour. Il n'est pas même fait allusion dans ces notes au jugement de la cour de révision dans la cause de Ouimet vs Ménard.

Dans ces circonstances, nous croyons qu'il n'y a pas de contradiction entre ces deux jugements et que la jurisprudence établie par la cour de révision fondée sur la doctrine des meilleurs auteurs modernes doit encore être suivie.

L. P. SIROIS, *Notaire.*

Québec, 4 octobre 1896.

HYPOTHÈQUE POUR UN CRÉDIT

Les besoins multiples du commerce ont fait naître des contrats qui revêtent les formes les plus diverses.

L'ouverture de crédit est l'un de ces contrats fréquents de nos jours et qui sert à alimenter le commerce et l'industrie. Le *crédit*, ce genre particulier d'échange, comme l'appelle les économistes, permet à celui qui n'a pas de capitaux d'utiliser ses talents, son intelligence et son travail, en se servant pour cela des capitaux d'autrui.

Que ce soit des produits que le fournisseur avance au *crédité* ou bien que confiant dans sa probité et son habileté, il lui ouvre toute grande les portes de sa caisse, c'est toujours l'échange qu'il pratique.

Le crédit c'est l'échange du présent contre l'avenir suivant l'expression de Levasseur, de la réalité actuelle contre la réalité future.

Mais comme dans tous les contrats, le fournisseur qui ne s'est pas départi de la prudence du bon père de famille, requiert souvent de son *crédité*, des garanties moins aléatoires que la parole donnée, même écrite.

Dans ce cas il exige que celui à qui il promet de faire des avances lui donne sur ces biens immobilliers, l'hypothèque qui devra assurer le remboursement intégral des sommes avancées.

Ainsi Pierre promet à Paul de lui avancer la somme de dix mille piastres, au fur et à mesure que les besoins du commerce de Paul l'exigeront. Il lui permet de tirer sur lui jusqu'à concurrence de la somme de dix mille piastres, s'engageant à tenir constamment à la disposition de Paul, la somme promise. De son côté, comme sureté de la remise des dites sommes, Paul donne une hypothèque que Pierre fait enrégistrer immédiatement.

Quand cette hypothèque prendra-t-elle rang ? Est-ce du moment où elle a été inscrite, ou du moment que les avances ont été faites ?

Voilà la question qui a été longtemps débattue autre fois. Elle semble maintenant réglée. Cependant il est intéressant de repasser les phases de ce débat. Un ouvrage publié assez récemment sur les ouvertures de crédit, donne un regain d'actualité à cette question.

Le droit romain qui différait du droit français sur le contrat de prêt d'argent, n'admet pas l'existence de l'hypothèque avant la numération des espèces. C'était conforme aux principes énoncés dans les lois romaines.

Les auteurs de droit ancien qui subissaient encore l'influence du droit romain, ont peu discuté la question. Tous refusaient de reconnaître l'existence de l'hypothèque avant que la dette fut contractée par la numération de l'argent.

Pothier disait : "On peut constituer des hypo- " thèques pour une dette qui n'a point été contractée, " mais que l'on contractera *et futuræ obligationis nomine*, " mais comme il ne peut y avoir d'hypothèque qu'il " n'y ait une dette, cette hypothèque n'aura lieu que " du jour que la dette aura été contractée." Et plus loin il ajoute "au temps que la dette aura été con- " tractée par la numération qui m'a été faite de " l'argent."

L'influence considérable de Pothier s'est fait sentir jusque sous l'empire du code Napoléon. En effet, plusieurs jurisconsultes modernes ont aussi prétendu que l'hypothèque n'avait pas lieu du moment de l'inscription, mais lorsque seulement l'argent avait été compté.

Comme les lois régissant l'hypothèque et les contrats dans le droit romain ne pouvaient plus recevoir leur application en présence des dispositions du code, ces

légistes cherchaient à étayer leur thèse sur le raisonnement suivant :

L'hypothèque de sa nature n'est qu'une obligation accessoire. La dette c'est l'obligation principale. Une dette peut exister sans hypothèque, mais une hypothèque ne peut exister sans cette obligation principale qui est la dette.

Pierre, disait-on, a bien mis à la disposition de Paul une somme de dix mille piastres ; mais, jusqu'à ce que ce dernier ait soutiré des fonds de la caisse de Pierre, il n'y a pas de dette, partant pas d'obligation principale.

De plus, il serait injuste, ajoutait une consultation d'avocats, de créer ainsi une hypothèque avant la réalisation du crédit. Les créanciers de l'emprunteur auraient droit de se plaindre et de dire qu'on les laisse dans l'ignorance des inscriptions hypothécaires affectant les immeubles de leur débiteur.

Au moment où ils prendront eux-mêmes une hypothèque pour garantir leur dette, il se peut que les immeubles soient hypothéqués pour un fort montant, il se peut aussi qu'ils le soient pour un montant minime. De là, incertitude de la part des créanciers et infraction aux lois qui régissent la publicité de l'hypothèque.

Cette théorie qui concluait à l'existence de l'hypothèpue du jour que le prêt avait été réellement effectué, ne reposait pas sur une argumentation sans réplique. Au contraire, tout dans le code et dans les principes du droit démontre à l'évidence le point faible du raisonnement qui y servait de base. Il est bien vrai en effet, comme on le prétend, que l'hypothèque n'est qu'une obligation accessoire qui ne peut exister sans une obligation principale. C'est exact dans le droit français comme dans notre droit. L'article 2017 de notre Code civil, pose clairement ce

principe lorsqu'il dit de l'hypothèque "elle n'est "qu'un accessoire et ne vaut qu'autant que la créance "ou l'obligation qu'elle assure subsiste."

Mais où l'on fait erreur, c'est lorsque l'on nie l'existence de l'hypothèque, parce que la dette n'existe pas encore, confondant évidemment la créance avec l'obligation. Il peut y avoir obligation sans créance ou sans dette. La définition de l'obligation que nous fournit le droit romain et qui est encore la plus exacte, dit : "est vinculum juris quo necessitate ads "tringimur alicujus rei solvendæ secundem nostræ "civitatis jure." Elle fait bien voir cette dissemblance; c'est un lien de droit, lien moral, dit Larombière, qui nous enchaîne à la nécessité d'exécuter nos conventions.

Et la créance qu'est elle? C'est dans le langage juridique "une dette active, c'est-à-dire le droit qu'a un "créancier de répéter une somme d'argent au paie-"ment de laquelle un débiteur s'est engagé envers lui."

On voit toute la différence entre la créance et l'obligation. Dans l'hypothèse de l'ouverture de crédit, s'il n'y a pas encore de dette, de créance, au moment de la convention, il y a bien une obligation principale,

D'un côté, obligation de la part de Pierre de mettre à la disposition de Paul une somme de $10,000 ; de l'autre, obligation de la part de Paul de restituer cette somme s'il en fait usage; mais il n'y a pas encore de créance. Donc l'inexistence de la dette ne fait pas obstacle à l'existence de l'hypothèque, puisque l'existence d'une obligation suffit.

Et l'obligation existe sans qu'il soit besoin que la numération des espèces ait eu lieu comme dans le droit romain.

Dans l'intérêt même du commerce, il faut admettre la théorie que l'hypothèque prend rang du moment u'elle a été enrégistrée si toutefois elle est consentie

de la manière et dans la forme voulue par la loi. Autrement il faudrait requérir un nouvel enrégistrement et un nouvel acte chaque fois qu'une partie quelconque de la somme serait avancée par Pierre à Paul. Ce serait impraticable.

En faisant remonter l'hypothèque à la convention de l'ouverture du crédit, s'il y a enrégistrement, les créanciers ne peuvent se plaindre car ils sauront que les immeubles de Paul sont affectés au paiement d'une somme de dix mille piastres et ils agiront en conséquence.

Ainsi dit Persil, " restreindre l'hypothèque à la " date de la réalisation du crédit, c'est rendre ce con- " trat impraticable."

Toutefois, l'hypothèque, tout en prenant rang du jour de l'inscription et non de la réalisation du crédit, ne devra exister, lors du concours, que pour le montant dû.

Persil, en dissertant sur l'ouverture du crédit va même jusqu'à prétendre en réponse à ceux qui voyaiént dans ce genre de contrat, l'existence d'une condition potestative de la part du débiteur, que l'ouverture de crédit, constitue une obligation pure et simple.

En supposant même, dans tous les cas, qu'elle fut conditionnelle, elle serait purement conditionnelle.

Et notre article 2046 du code civil, autorise la constitution d'hypothèque pour toute espèce d'obligation.

La Cour Supérieure siégeant à Montréal, a sanctionné le principe que l'hypothêque donnée pour garantir une ouverture de crédit prend rang du jour de la constitution d'hypothèque si elle est enrégistrée. Voir III, L. N., p. 347, Quintal & Lefebvre.

EUSÈBE BELLEAU, L. L. D.,
Avocat.

Lévis, 15 octobre 1896.

TUTELLE.—ENREGISTREMENT DE L'HYPOTHEQUE LEGALE DU MINEUR.—RESPONSABILITE DU NOTAIRE FAISANT INVENTAIRE QUANT A L'ENREGISTREMENT DE LA TUTELLE.

I

TUTELLE, CE QUE C'EST

Dans notre droit nous n'avons qu'une espèce de tutelle : la dative, c'est-à-dire celle qui est donnée par le Juge ou le Protonotaire du domicile du mineur (1). A cet effet le conseil de famille du mineur convoqué et composé suivant les dispositions contenues dans le code civil au neuvième titre du premier livre (2), s'assemble devant le Juge ou Protonotaire (3), ou devant le Notaire (4) ; cet avis donné, le Juge ou le Protonotaire nomme un tuteur et un subrogé tuteur au mineur (5). Il est octroyé acte de cette nomination : voilà l'acte de tutelle.

II

HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

La tutelle, ainsi organisée, fait acquérir au mineur une hypothèque légale sur les immeubles du tuteur, pour le reliquat de compte de tutelle (6). Cette hypothèque n'affecte que les immeubles décrits et spécifiés dans l'acte de tutelle, ou à défaut de telle spécifica-

(1) C. C. 249.

(2) C. P. C. 1257.

(3) C. C. 255.

(4) C. C. 257.

(5) C. P. C., 1256 et C. C. 249.

(6) C. C. 2030.

tion, que les immeubles décrits dans un *avis* à cet effet, *enregistré soit en même temps* que la nomination du tuteur, ou *après;* et l'hypothèque ne date qu'à compter de tel enregistrement (1).

III

BUREAU D'ENREGISTREMENT OU L'HYPOTÈQUE DU MINEUR DOIT ÊTRE ENREGISTRÉE

Où l'hypothèque légale du mineur contre les immeubles de son tuteur, doit-elle être enregistrée ?

L'enregistrement des droits réels doit être fait au bureau d'enregistrement dans la circonscription duquel se trouve en tout ou en partie l'immeuble affecté (2). Ainsi l'hypothèque légale du mineur, étant un droit réel, doit être enregistrée au lieu de la situation des immeubles qui y sont affectés, au moyen de l'enregistrement, aux divers bureaux d'enregistrement de la situation des immeubles, de l'acte de tutelle seul s'il contient la description des immeubles affectés, ou de la tutelle et d'un avis donnant la description des immeubles affectés dans le cas où l'acte de tutelle ne contiendrait pas cette description.

Il en est de l'enregistrement de l'hypothèque légale comme de l'enregistrement de l'hypothèque judiciaire, l'une et l'autre, pour affecter effectivement les immeubles, doivent être enregistrées aux bureaux d'enregistrement respectifs de la situation de chacun des immeubles affectés : l'hypothèque judiciaire devant être enregistrée au moyen de l'enregistrement du jugement et d'un avis (3), l'hypothèque légale du mineur au moyen de l'enregistrement de l'acte de

---

(1) C. C. 2120.

(2) C. C. 2092.

(3) C. C. 2034 et 2026.

tutelle et d'un avis ou de l'enregistrement de l'acte de tutelle seul s'il contient la description des immeubles (1).

On n'est donc tenu de faire l'enregistrement de l'acte de tutelle et d'un avis qu'au bureau d'enregistrement de la situation de tous ou chacun des immeubles du tuteur ; cet enregistrement n'est pas requis au bureau d'enregistrement du domicile de la tutelle si le tuteur n'y a pas d'immeuble.

Supposons une tutelle organisée dans la circonscription d'enregistrement du comté de Jacques Cartier et que le tuteur n'ait des immeubles que dans les comtés de Terrebonne et de l'Assomption, l'acte de tutelle et l'avis ne devront être enregistrés qu'aux bureaux d'enregistrement des comtés de Terrebonne et de l'Assomption et non au bureau d'enregistrement du comté de Jacques Cartier — l'enregistrement n'est requis que dans le but de donner effet à l'hypothèque légale du mineur sur les immeubles de son tuteur et non pour donner aucun effet à l'acte de tutelle, qui est parfait, comme tout jugement, sans enregistrement aucun, n'y ayant aucune disposition légale exigeant l'enregistrement de l'acte de tutelle pour sa seule validité.—S'il arrivait que le tuteur eût des immeubles dans la circonscription de presque tous les bureaux d'enregistrement de la province de Québec, le tuteur serait tenu de faire enregistrer l'acte de tutelle et un avis dans tous ces bureaux d'enregistrement (2), et sans avis dans le cas où l'acte de tutelle comprendrait la description des immeubles affectés.

---

(1) C. C. 2120.

(2) C. C. 2030.

IV

PERSONNES TENUES DE VOIR A L'ENREGISTREMENT DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

Qui est tenu de voir à l'enregistrement de l'hypothèque du mineur, c'est-à-dire de la tutelle seulement, si les immeubles affectés y sont décrits, de la tutelle et aussi d'un avis décrivant les immeubles affectés, si l'acte de tutelle ne les décrit pas ? C'est le tuteur lui-même qui est tenu, *sans délai*, sous les peines portées par la loi, de faire enregistrer l'hypothèque du mineur contre les immeubles lui appartenant (1) ;

Le subrogé tuteur est tenu de veiller à ce que cet enregistrement soit effectué, faute de le faire il est passible de tous les dommages qu'en souffrira le mineur (2).

V

NOTAIRE TENU, PAR EXCEPTION, DE VOIR A L'ENREGISTREMENT DE LA TUTELLE.

Jusqu'à la codification de nos lois, les seuls personnages chargés, d'après nos lois statutaires, de faire ou de faire faire l'enregistrement de l'hypothèque légale du mineur étaient le tuteur et le subrogé tuteur et nul autre.

Le tuteur était tenu sans délai, comme à présent, de faire enregistrer l'hypothèque légale du mineur. au moyen seulement de la tutelle si elle contenait la description des immeubles affectés, ou dans le cas d'ab. sence de description des immeubles affectés dans l'acte de tutelle, au moyen de l'enregistrement et de l'acte de tutelle et d'un avis donnant la description des im-

1) C. C. 2117 et 2113.

(2) C. C. 2118.

meubles affectés ; tutelle et avis constituant les deux éléments de l'enregistrement de l'hypothèque.

Nos codificateurs, dans le but de protéger davantage les intérêts du mineur, ont cru devoir introduire une disposition nouvelle dans notre code, dans l'article 2119, se lisant comme suit : "Tout notaire appelé à " faire un inventaire, est tenu de voir à ce que les " *tutelles* des mineurs intéressés dans cet inventaire, " soient dûment enregistrées, et d'en procurer au " besoin l'enregistrement, aux frais des tuteurs avant " de procéder à l'inventaire, à peine de tous dom- " mages intérêts."

Ainsi, par une disposition exceptionnelle et exorbitante du droit commun, le notaire appelé à faire un inventaire, dans lequel un mineur est intéressé, doit, *avant de procéder à cet inventaire et à peine de tous dommages-intérêts*, constater si *l'acte de tutelle* a été dûment enregistré, et, dans la négative, le faire enregistrer. Voilà le notaire, procédant à l'inventaire, chargé d'une mission et d'une enquête qui n'est pas des plus facile, pour ne pas dire impossible.

Avant de procéder à l'inventaire, il doit, *à peine non pas de nullité de l'inventaire*, telle n'est pas la sanction de cette disposition de l'article 2119 C. C., mais *à peine de tous dommages-intérêts, constater si l'acte de tutelle* a été dûment enregistré, c'est à dire enregistré à tous les bureaux d'enregistrement qu'il appartient.

L'acte de tutelle devant, comme nous l'avons établi plus haut, être enregistré à celui ou à ceux des bureaux d'enregistrement où se trouve l'immeuble ou les immeubles grevés de l'hypothèque légale du mineur, il faudra donc, pour qu'il puisse conduire ses recherches et ses constatations à bonne fin, que le notaire sache quels sont les immeubles appartenant au tuteur ; cette connaissance acquise, son devoir sera ensuite de s'a-

dresser à tous les bureaux d'enregistrement de la situation de ces immeubles, pour s'assurer si l'acte de tutelle y a été enregistré et en faire faire l'enregistrement, s'il ne l'a pas été.

Mais quels moyens le notaire a-t-il à sa disposition, pour poursuivre son enquête et se procurer les renseignements dont il aurait besoin, pour connaître les immeubles du tuteur ?

A-t-il le pouvoir de s'adresser au tuteur, de le forcer à lui déclarer quels sont ses immeubles ? Et comme il n'a pas ce pouvoir, la loi n'ayant organisé aucun mode d'enquête, croit-on que le tuteur serait bien disposé à donner les renseignements voulus pour faire affecter ses immeubles par l'hypothèque légale et illimitée du mineur ? Je ne le crois pas. Que fera alors le notaire pour se renseigner ?

Il aurait peut-être le pouvoir de demander à tous les régistrateurs de la Province de Québec, un certificat contre le nom du tuteur, depuis l'établissement de chacun des bureaux d'enregistrement, ou depuis toute autre époque qu'il est impossible de déterminer. Outre que ces certificats seraient joliment dispendieux, les parties, requérant le notaire de faire inventaire,— seraient-elles bien disposées à attendre le temps nécessaire, pour lui permettre de se procurer tous ces certificats, car le notaire doit terminer son enquête et faire enregistrer la tutelle, si elle ne l'a pas été, avant de procéder à cet inventaire, à peine, etc. En supposant que les parties veulent attendre, je le demande, que fera le notaire au milieu du dédale de certificats qu'il aurait peut-être pu se procurer pour arriver à connaître les immeubles du tuteur ? Aussi, le tuteur peut être le propriétaire d'autres immeubles que ceux indiqués aux divers certificats que le notaire aurait obtenus, il peut être propriétaire d'immeubles dont

les titres n'aient jamais été enregistrés (1); il peut arriver, encore, que les immeubles indiqués aux certificats n'appartiennent plus au tuteur. Il y aurait bien un autre moyen, celui de s'adresser aux divers secrétaires-trésoriers des conseils municipaux, mais ce moyen vaut guère mieux que les certificats des bureaux d'enregistrement.

A quelle alternative va donc avoir recours le notaire pour se conformer aux prescriptions de la loi et sortir indemne ? Il m'est impossible de le dire. Je le considérerais très chanceux s'il arrivait à se tirer d'une pareille situation. Car, quelque soin qu'il prenne et quelque diligence qu'il fasse, il sera presque toujours exposé à des dommages. S'il fait enregistrer la tutelle au bureau d'enregistrement du domicile de la tutelle et que le tuteur n'ait pas d'immeuble dans la circonscription de ce bureau d'enregistrement, il en sera quitte pour les frais qu'il aura faits inutilement ; s'il ne fait pas enregistrer l'acte de tutelle dans tous les bureaux d'enregistrement où le tuteur a des immeubles, il sera aussi responsable des dommages qu'en éprouvera le mineur.

Somme toute, on admettra avec moi, qu'il est impossible, pour le notaire, de mettre la loi à exécution, si ce n'est dans le cas où l'acte de tutelle contient la description des immeubles affectés, ou lorsqu'on a bien voulu lui faire connaître les immeubles du tuteur. Dans ce dernier cas cependant, le notaire agirait prudemment en faisant faire l'enregistrement de l'acte de tutelle par celui qui lui aurait fourni la description des immeubles : l'enregistrement pouvant être requis par le mineur lui-même ou par toute personne quelconque pour lui (2).

1) C. C. 2088.

2) C. C. 2087.

L'interprétation des lois se faisant d'après les mêmes règles que l'interprétation des conventions (1), j'invoque l'interprétation qu'on donnerait à une obligation avec clause pénale, pour déterminer le sens restrictif qu'on doit donner à l'article 2119.

Il est admis par tous les auteurs que l'obligation pénale n'est valable qu'en autant que l'obligation principale l'est, et si l'obligation principale cesse faute de pouvoir être remplie, ou par l'impossibilité d'être exécutée l'obligation pénale n'a plus d'effet (2).

Or l'article 2119 créant une obligation avec clause pénale, le notaire ne sera soumis à la peine imposée que dans le cas où il lui sera possible de faire enregistrer l'acte de tutelle.

Ce serait, je crois, faire injure au législateur que de lui prêter l'intention d'obliger à l'impossible, il est plus raisonnable d'interpréter cet article dans le sens que le notaire sera tenu de faire enregistrer l'acte de tutelle non dans tous les cas, mais dans les cas seulement qu'il y aura des immeubles appartenant au tuteur à affecter, que l'acte de tutelle contiendra la description de ces immeubles, ou que le notaire pourra connaître certainement les immeubles du tuteur.

VI

ON NE PEUT ASSIMILER L'OBLIGATION DU NOTAIRE A CELLE DU TUTEUR

L'acte de tutelle ne contient pas la description des immeubles, mais le notaire connaît *avec certitude* les immeubles du tuteur et sait ainsi à quels bureaux l'enregistrement devra se faire, devra-t-il voir à l'enregistremant seulement de la tutelle, mais aussi à

---

(1) Aubry et Rau, t. 1, s. 40, texte et note 2. Cass. 25 nov. 1857.

(2) Pothier-Bugnet, vol. 2, p. 173, nº 338.

l'enregistrement d'un avis, tel que requis par l'article 2120 pour affecter les immeubles du tuteur ?

Malgré la prétention affirmative de mon confrère, M. Amédée Bouchard, secrétaire de notre cercle, prétention qu'il s'est efforcé de justifier dans un article publié aux pages 107 à 161 du présent volume de cette revue, je soutiens que le notaire n'est tenu, dans tous les cas, que de voir à l'enregistrement de l'acte de tutelle. Je partage sur ce point l'opinion de mes confrères : MM. H. A. A. Brault, J. L. Coutlée, C. Cushing, E. Galipeau, Z. Mayrand, J. A. Roberge, J. Edmond Roy, l'honorable V. W. Larue et l'honorable F. G. Marchand, dont l'avis a été reproduit dans l'article sus-énoncé de M. Bouchard.

Sans avoir peur d'assumer les responsabilités que m'impose l'exercice de la profession de notaire, je ne veux pas m'en reconnaître plus que la loi m'en impose et admettre des responsabilités et des obligations que ne comporte pas la loi et notamment l'article 2119 de notre code.

En effet, que dit cet article ?

Le notaire, avant de procéder à l'inventaire, devra voir à l'enregistrement de la tutelle, il ne dit pas qu'il devra, *en même temps qu'il fera enregistrer la tutelle* OU APRÈS, donner un avis indiquant la description des immeubles. Je l'ai démontré plus haut c'est au tuteur et au subrogé tuteur seuls qu'incombe l'obligation de faire enregistrer *en même temps que l'acte de tutelle* ou APRÈS, dans le cas où l'acte de tutelle ne contiendrait pas la description des immeubles, un avis donnant cette description et rendant ainsi effective l'hypothèque du mineur.

Le notaire n'a pas à donner cet avis, tout ce qu'il a à faire, dans le cas où il peut connaître CERTAINEMENT les immeubles appartenant au tuteur, c'est de faire

enregistrer purement et simplement l'acte de tutelle aux divers bureaux d'enregistrement de la situation de ces immeubles. Voilà toute son obligation et la seule que lui impose l'article 2119. Cet article, rendant le notaire responsable de dommages intérêts, faute de faire enregistre l'*acte de tutelle* avant de procéder à l'inventaire, est de droit pénal et exceptionnel. On ne peut donc par argument *a pari* (argument invoqué par M. Bouchard) en venir à la conclusion que l'obligation du notaire est aussi étendue que celle du tuteur et que, comme le tuteur, le notaire doit voir à l'enregistrement non seulement de la tutelle mais aussi de l'avis décrivant les immeubles affectés. Toutefois, prenons garde, dit Mignault.—Droit Civil Canadien.—Vol 1er, page 110 : " l'argument *a pari* n'est " pas toujours bon.—Il faut à cet égard faire, plusieurs " distinction."

" Les lois pénales ne l'admettent jamais.........

" Quant aux lois civiles, les unes le comporte, les " autres y résistent. Sont-elles *favorables*, c'est-à.dire " conformes aux principes généraux qui ont servi de " base à notre législation, elles peuvent être, par *ana-* " *logie*, étendues aux cas qu'elles n'ont pas textuelle- " ment prévus. Sont-elles, au contraire, *exception-* " *nelles*, c'est-à dire, sortent-elles du droit commun ? " elles n'admettent aucune extension..."

Le notaire, pas plus que toute autre personne en dehors du tuteur et du subrogé tuteur, n'est tenu de voir à l'enregistrement de la tutelle, ce n'est que par exception et parce qu'il est appelé à faire un inventaire, dans lequel un mineur est intéressé, qu'il est tenu de voir à l'enregistrement de l'acte de tutelle de ce mineur, et l'article 2119 du code civil ne lui impose que l'obligation—déjà trop onéreuse—de faire enregistrer cet acte de tutelle.

La loi est très claire et n'offre aucune ambiguité, toutes les obligations du notaire sont dans l'article 2119 C. C. et nulle part ailleurs. On ne peut, par analogie, induction et supposition, étendre l'obligation du notaire à un autre objet que celui formellement indiqué par cet article ; serait-il possible de découvrir les raisons plus ou moins bonnes, qu'auraient eues le législateur d'assujettir le notaire à des obligations plus étendues que n'en comporte cet article pour protéger plus efficacement les intérêts du mineur, si le législateur n'a pas manifesté cette intention par une disposition expresse.

CONCLUSION

A quelque point de vue que je me place, je ne puis voir d'autre obligation pour le notaire faisant inventaire, à peine de dommages intérêts envers le mineur et non à peine de nullité de l'inventaire, que celle qui lui est imposée par l'article 2119 savoir : faire enregistrer l'acte de tutelle et rien que l'acte de tutelle, et je considère que le notaire n'est tenu de voir à l'enregis·ment de cet acte de tutelle seulement :

1o Dans le cas où cet acte contient la description des immeubles affectés.

2o En l'absence de description, dans la tutelle, des immeubles affectés, dans le cas où le notaire connaît avec une *certitude parfaite* les immeubles du tuteur.

Dans les autres cas, c'est à dire lorsque le tuteur n'a pas d'immeuble ou lorsqu'en ayant le notaire ne les connaît pas d'une manière certaine, ce dernier ne doit pas faire enregistrer d'acte du tutelle. Il y aurait témé rité dé sa part et il s'exposerait à des dommages ; car, s'il fait enregistrer la tutelle et que le tuteur n'ait pas d'immeubles, il ne pourra point se faire rembourser les frais d'enregistrement etc. ; s'il fait enregistrer

la tutelle à un autre bureau d'enregistrement que celui de la situation des immeubles du tuteur, cet enregistrement sera illégalement fait et il en sera encore pour ses frais.

Aussi le notaire qui agira prudemment et ne voudra point s'exposer à des dommages, devra-t-il, avant de faire enregistrer la tutelle, s'assurer soit par un certificat du bureau d'enregistrement, soit de toute manière qui lui donne pleine satisfaction, que les immeubles décrits dans l'acte de tutelle appartiennent encore au tuteur ou que les immeubles qui lui sont indiqués comme appartenant au tuteur lui appartiennent réellement, ce qui lui permettra de faire légalement l'enregistrement de l'acte de tutelle au bureau d'enregistrement qu'il appartient, c'est-à-dire au bureau d'enregistrement dans la circonscription duquel se trouve les immeubles du tuteur. A tout évènement, le notaire ne devrait faire faire l'enregistrement de la tutelle que dans les cas sus-indiqués, où il y est strictement obligé, et inviter autant que possible le tuteur et le subrogé-tuteur à faire faire eux-mêmes cet enregistrement et à donner aussi l'avis que les tuteur et subrogé-tuteur sont seuls tenus de donner.

RAPPEL DE LA LOI EXIGEANT L'ENREGISTREMENT DE LA TUTELLE POUR LE MAINTIEN DE L'ACTION DU TUTEUR.

J'ajouterai que le deuxième paragraphe de l'article 304 du code civil, prescrivant l'enregistrement de la tutelle pour le maintien de l'action prise par le tuteur a été rappelé par le statut de Québec, 51 Victoria, chap, 22, sect. 1.

Ainsi, il n'y a plus besoin de faire enregistrer la

tutelle pour le maintien de l'action. Je pensais qu'il y aurait lieu de suggérer le rappel aussi de l'article 2119, mais il n'y a pas lieu de faire une telle suggestion, cet article ayant une application pratique dans certains cas et le mineur ayant alors intérêt à ce qu'il soit maintenu en force.

L. BÉLANGER,
Président du Cercle des Notaires de Montréal

FÉVRIER 1897.

BAN.—Vieux mot qui s'entend de l'annonce publique d'une chose. En droit canonique, c'est l'annonce d'un prochain mariage pour permettre à ceux qui connaissent des causes d'empêchement de les faire connaître. En droit administratif, c'est l'indication faite par l'autorité de l'époque à laquelle une chose peut être faite. Nous avons les bans de chasse et de pêche. Dans l'ancien droit, il y avait les bans de vendange, de moisson, de fenaison ou fauchaison.

BANALITÉ.—Bouhier a défini la banalité "le droit d'interdir à ceux qui y sont sujets la faculté de faire certaine chose autrement que de la manière qui leur est permise, sous les peines portées par les lois, les conventions ou la coutume."

Nous avons encore le principe de la banalité dans notre droit moderne, seulement au lieu d'être en faveur d'un seul, il existe pour l'avantage de la société. Dans l'ancien droit, les seigneurs seuls le possédaient pour leurs fours, leurs moulins, leurs pressoirs, leurs animaux, etc.

JURIDICTION DES TRIBUNAUX DANS LES ACTIONS EN DÉCLARATION D'HYPOTHÈQUE POUR TAXES SCOLAIRES.

Je me permettrai de soulever cette question dans les colonnes de la REVUE LÉGALE, parce que depuis un bon nombre d'années, c'est une de ces questions légales, qui ayant été également décidées contradictoirement par la jurisprudence, présentent quelques difficultés et quelqu'ambiguïté dans l'interprétation de la loi, qui traite de la juridiction des tribunaux dans les actions pour taxes scolaires.

La difficulté de décider de cette compétence, ne se présente nullement, lorsqu'il s'agit des actions personnelles pour recouvrer les taxes scolaires.

L'Article 1053 C. P. C. indique que la Cour de Circuit a juridiction en dernier ressort et privativement à la Cour Supérieure en deuxième lieu : " De toute demande pour taxes ou rétributions d'écoles—quelque soit le montant." Cela est concédé par tous les hommes de loi. Mais les dissidences d'opinion se présentent lorsque les actions pour taxes scolaires, au lieu d'être personnelles, sont réelles, c'est-à-dire, lorsqu'au lieu de poursuivre le débiteur personnel des taxes, il s'agit de poursuivre une personne, obligée au paiement de ces taxes, que comme détenteur d'un immeuble sur lequel elles ont été imposées. Quel est le tribunal compétent pour entendre ces actions ? Voilà la question que nous désirons traiter. Un bon nombre sont d'opinion que la Cour de Circuit a encore juridiction exclusive. D'autres partagent la théorie que la Cour de Circuit a juridiction en première instance, sauf appel, et que ces actions tombent dans la catégorie de celles mentionnées en deuxième lieu dans l'Art. 1054 C. P. C. Voilà les deux théories qui sont partagées

dans le monde légal. L'adoption d'une de ces théories est assez importante, car en décidant que les actions hypothécaires pour taxes d'écoles tombent sous l'Art. 1054, et non sous l'Art. 1053, le législateur accorde un appel des jugements qui sont rendus par la Cour de Circuit dans ces causes. Il en résulte de plus que, comme la compétence de la Cour de Circuit dans les causes mentionnées dans l'Art. 1054 n'existe pas au chef-lieu de chaque district judiciaire, la Cour Supérieure aurait seule juridiction dans les actions hypothécaires pour taxes d'écoles.

Nous allons examiner les raisons qu'invoquent les partisans de l'une ou de l'autre de ces théories, et indiquer laquelle, suivant notre humble opinion, doit prévaloir.

Le premier système a été sanctionné par la Cour de Revision de Québec, en 1880, dans une cause des Commissaires d'Ecoles de Sillery v. Gingras, 6 Q.R.L., p. 335, qui fut jugée par les hon. Juges Meredith, McCord et Caron, ce dernier étant dissident. Il fut décidé dans cette cause qu'en vertu de l'art. 1053 du Code de Procédure, la Cour Supérieure n'a pas juridiction pour connaître d'une action hyppothécaire pour $60.00 dues pour taxes scolaires. Il s'agissait d'une action prise dans un chef-lieu de district où la Cour Supérieure a juridiction dans les causes appelables en vertu de l'art. 1054 tel qu'amendé par les statuts provinciaux ci-après cités.

Le principe adopté par les hon. Juges Meredith et McCord est que la Cour de Circuit a juridiction exclusive dans toutes les actions en recouvrement de taxes scolaires, sans distinguer si ces actions sont réelles ou personnelles.

Voici un résumé des remarques qui ont été faites par l'hon. Juge Meredith, en rendant jugement pour la majorité de la Cour :

Les taxes scolaires peuvent être réclamées de deux manières : soit par l'action réelle, soit par l'action personnelle ; mais, d'après le savant juge, le 2ème paragraphe de l'art. 1053 ne fait aucune distinction entre ces deux classes d'actions ; il mentionne toutes les actions pour taxes d'écoles et on ne peut faire de distinction où la loi n'en fait pas. Il invoque de plus le No 1 de l'art. 1142 C. P. C., qui déclare les actions pour recouvrer les taxes d'écoles non appelables. Ce qui confirmerait la loi donnant dans ces causes juridiction exclusive à la Cour de Circuit. De plus l'intention du législateur, dit-il encore, a été de faciliter et d'expédier la collection de ces taxes, et en même temps de diminuer des frais inutiles pour les contribuables ; de là vient la juridiction exclusive pour la Cour de Circuit. Ces actions diffèrent des autres actions, où des doutes peuvent exister ; mais le privilège pour ces taxes est créé par l'opération de la loi ; le montant de la dette est établi par le rôle de perception dûment homologué, après avis donné au public, par l'intermédiaire des journaux, suivant la loi. C'est pourquoi la législature a permis de procéder d'une manière sommaire dans ces causes, où des droits ne sont pas en péril, et où le plus souvent il ne s'agit que de montants frivoles. On ne peut avoir une action appelable drns ces causes, qui sont déclarées non appelables par l'Art. 1142 C. P. C. En outre, les taxes dans cette cause étaient dues personnellement par les défendeurs, il n'y avait pas de nécessité de les poursuivre hypothécairement. Voilà les motifs exprimés par l'hon. Juge Meredith qui résument tous les arguments que peuvent invoquer les partisans de cette opinion.

L'hon. Juge Caron a exprimé son dissentiment à ce jugement, en y opposant des motifs qui doivent faire prévaloir, dans notre opinion, la seconde théorie pour laquelle il s'est prononcé ; c'est qu'à Montréal et à

Québec, et maintenant au chef-lieu de chaque district, toutes les actions immobilières et autres causes qui sont appelables, sont de la juridiction de la Cour Supérieure, comme l'indiquent les Statuts ci après cités et le paragraphe No 2 de l'Art. 1054 C. P. C., et que les actions hypothécaires pour taxes d'écoles tombent sous l'Art. 1054, et non sous l'Art. 1053 du Code de Procédure.

Trois années après le jugement déjà cité, la même question s'est soulevée de nouveau devant la Cour de Revision de Québec, dans une cause des Commissaires d'Ecoles de St-Norbert v. Crépeau, 10 Q. L. R., p. 49. Singulière coïncidence, les hons. Juges Caron et Meredith siégeaient encore dans cette cause : ils déclarèrent tout simplement s'en tenir à l'opinion qu'ils avaient chacun exprimée en 1880. Il faut admettre que les juges, à la différence des politiciens, sont constants pour se maintenir dans leurs opinions ; mais il ne faut pas croire cependant que les tribunaux soient à l'abri des variations. Le plaideur, qui se confierait uniquement à un précédent, jugé dans le même sens que ses prétentions dans un procès, est exposé parfois à une amère déception. Ce qui arriva exactement dans cette dernière cause.

L'hon. Juge Casault, qui remplaçait l'hon. Juge McCord, dans ce même tribunal, qui avait jugé la cause des Commissaires d'Ecoles de Sillery, adopta l'opinion de M. le Juge Caron, et fit pencher la balance du côté du second système, que nous croyons être celui qui doit être accepté.

D'abord examinons la juridiction de la Cour de Circuit. Nous trouvons que la loi lui accorde deux classes de juridiction : la première est une juridiction exclusive dans certaines causes, qui sont les causes non appelables ; cette juridiction est celle régie par l'art. 1053 ; la deuxième est une juridiction en pre-

mière instance, avec droit d'appel, c'est-à-dire que cette catégorie comprend toutes les actions appelables; cette seconde classe de juridiction est gouvernée par l'art. 1054 C. P. C.

Dans le cas de l'art. 1054 C. P. C., des Statuts ont été adoptés par la législature pour transporter la juridiction de la Cour de Circuit à la Cour Supérieure, au chef-lieu de chaque district dans les causes mentionnées dans cet article. C'est d'abord la 34 Vict., chap. 4, sec. 9, qui a commencé par établir cette exception pour les districts de Québec et de Montréal, en ajoutant à cet article les mots "excepté dans les districts de Québec et de Montréal." Par ce statut, la Cour Supérieure dans ces deux districts acquérait juridiction au lieu de la Cour de Circuit dans les cas de l'art. 1054.

Mais comme l'intention du législateur n'avait été d'établir cette exception que pour les cités de Québec et de Montréal, le statut susdit fut modifié par le 35 Vict., chap. 6, sect. 31, qui contient la provision suivante : "Notwithstanding the Ninth Section of the Act of this province, 34 Vict., ch. 4, the Circuit Courts within the Districts of Quebec and Montreal, other than those sitting in the Cities of Quebec and Montreal, have had, since the enactment of the said Ninth Section, and shall continue to have, the same jurisdiction in appealable suits as they had before the said Ninth Section was enacted." Comme on le voit, ces Statuts établissent que, dans les cités de Montréal et de Québec, la Cour Supérieure entendra toutes les causes appelables, qui ailleurs sont de la compétence de la Cour de Circuit. Il résulte de là, qu'à Montréal et à Québec, la Cour de Circuit continuera à avoir juridiction que dans les causes non appelables c'est-à-dire dans les cas de l'Art. 1053 C. P. C.

Le Statut 35 Vict., ch. 6, sect. 25, confirme cette

interprétation ; voici le texte : " Toute cause appelable, commencée dans la cité de Québec ou la cité de Montréal, avant la mise en force de l'Acte de cette Province, 34 Vict. ch. 4, sect, 9, dans laquelle jugement n'a pas été rendu, cessera d'être de la juridiction de la Court de Circuit, et désormais tous procédés et jugements à intervenir en la dite cause seront faits et rendus dans la Cour Supérieure, et les livres archives et dossiers de la Cour de Circuit relatifs à toutes ces causes appartiendront immédiatement après la mise en force du présent acte à la dite Cour Supérieure, et y seront transmis." Ce Statut établit donc de nouveau que les causes appelables à Montréal et à Québec sont de la juridiction de la Cour Supérieure.

Par l'Art. 5994 S. R. Q., l'exception établie en faveur des cités de Québec et de Montréal a été étendue à tous les chefs-lieux de district.

Cela établi, nous prétendons, que les actions hypothécaires pour taxes d'écoles, sont de la juridiction de la Cour Supérieure, à Montréal et autre chef-lieu de district, parce que 1o elles sont des actions relatives à des droits immobiliers tombant sous l'Art. 1054 ; et 2e parce qu'elles sont des causes appelables suivant l'Art. 1142 C. P. C., et par conséquent tombant dans la catégorie des causes mentionnées; dans les différents Statuts susdits.

L'Art. 1054 mentionne en premier lieu, " toute demande dans laquelle la somme ou valeur de la chose réclamée est de cent piastres ou plus, mais ne dépassant pas deux cents piastres, sauf l'exception contenue dans le deuxième paragraphe de l'Art. 1053," et deuxièmement " de toute demande relative à des droits immobiliers—lors même que cette demande est pour moins de cent piastres."

L'on remarquera que le premier paragraphe ne s'applique qu'aux actions personnelles de cent à deux

cents piastres, excepté pour les actions pour taxes d'écoles et autres où la Cour de Circuit a juridiction exclusive quel que soit le montant. S'il en était autrement, pourquoi le 2ème paragraphe mentionnerait-il les actions immobilières et autres, même lorsque la somme réclamée est en dessous de cent piastres. Ce paragraphe démontre que l'Art. 1053 ne s'applique qu'aux actions personnelles où le montant réclamé est moindre de cent piastres, puisque si l'action moindre de cent piastres est relative à des droits immobiliers elle tombe sous l'Art. 1054.

On prétend que le second paragraphe de l'Art. 1053 donne juridiction exclusive à la Cour de Circuit, quel que soit le montant de la demande pour taxes d'écoles, mais ce paragraphe ne dit pas quelle que soit la nature. Il ne s'ensuit nullement que ce tribunal soit aussi compétent s'il s'agit d'une action hypothécaire pour taxes d'écoles.

" Un demandeur, dit M. le Juge Caron, dans ce dernier cas, n'exercerait pas un droit personnel, mais bien un recours réel, puisqu'il ne demanderait pas au tribunal une condamnation à payer une certaine somme, mais un ordre pour faire vendre un immeuble affecté au paiement de ce qui lui serait dû " (6 Q. L. R., p. 358).

L'action hypothécaire pour taxes d'écoles est une action immobilière. L'Art. 2009 C. C. donne un privilège pour taxes et cotisations, et l'Art. 2011 C. C. mentionne en deuxième lieu les taxes d'écoles parmi les taxes et cotisations ainsi privilégiées. Quel est l'effet résultant d'un privilège sur un immeuble ? On distingue deux sortes de droits : le droit réel et le droit personnel. " Le droit réel est absolu, il existe *erga omnes.* L'action qu'il engendre (action réelle) peut s'exercer contre le premier venu. Au contraire, le droit personnel est relatif. L'action qu'il engendre

(action personnelle) ne pourra s'exercer, le cas échéant, que contre une personne déterminée et connue à l'avance, le sujet passif du droit, le débiteur ou ses représentants.

" Pour bien comprendre cette différence, il faut savoir que tout droit, soit personnel soit réel, a pour sanction une action en justice. L'action est le moyen accordé par la loi pour faire reconnaître judiciairement le droit quand il est contesté, et en obtenir l'exécution ; c'est le droit de poursuivre en justice ce qui nous appartient (action réelle) ou ce qui nous est dû (action personnelle). A bien prendre, l'action se confond avec le droit d'où elle dérive ; c'est le droit lui-même à l'état de lutte, à l'état de guerre, le droit exercé en justice." (Baudry-Lacantinerie, vol. *Biens*, p. 7)

Maintenant parmi les actions réelles, qui sont celles qui ont pour objet immédiat une chose, il y en a de deux sortes : l'action réelle mobilière, et l'action réelle immobilière, suivant la nature du droit, ayant pour objet, soit une chose mobilière, soit une chose immobilière. De là l'adage *Actio quæ tendit ad mobile est mobilis, ad immobile immobilis*. Le privilège est un droit réel puisqu'il a pour objet une chose. Il peut constituer un droit mobilier lorsqu'il affecte une chose mobilière, et immobilier lorsqu'il affecte une chose immobilière. Une action réelle immobilière est accordée à celui qui est titulaire d'un privilège sur un immeuble. Il peut exercer deux actions, l'action personnelle contre celui qui est débiteur personnel de sa créance privilégiée, et l'action réelle généralement appelée hypothécaire, qui s'exerce contre un tiers détenteur de l'immeuble affecté par privilège au paiement de sa créance. Comme il n'est pas débiteur de la créance, il ne peut pas être poursuivi personnellement ; mais seulement d'une manière inter-

médiaire, à raison de l'immeuble affecté au privilège, qu'il détient comme possesseur. Ce n'est pas lui qui est attaqué, mais son immeuble, qui serait poursuivi par le créancier si l'immeuble pouvait être poursuivi. Le créancier ne demande pas dans son action à faire condamner le tiers détenteur à payer sa créance, mais seulement à faire déclarer son immeuble affecté à son privilège, et à le délaisser en justice, afin qu'il soit vendu, à moins que le tiers détenteur préfère payer la dette pour ne point être troublé.

Le privilège sur un immeuble doit être assimilé à une hypothèque. Ce qui faisait dire à Baudry-Lacantinerie, vol. 1, *Nantissement*, No 302 :

" Les éléments de l'hypothèque sont donc le droit de préférence, et le droit de suite. Le second est la sanction, la garantie du premier, il a pour but d'en assurer l'exercice, malgré les aliénations consenties par le débiteur.

" A ce double point de vue le privilège ressemble à l'hypothèque. Il confère un droit de préférence (Art. 2093, 2094), et un droit de suite. La loi considère même les privilèges sur les immeubles comme hypothèques privilégiées (Art. 2113). Par conséquent, le privilège est comme l'hypothèque, un droit réel.

" Sans doute pour qu'il confère un droit de suite, il il faut que le bien grevé en soit susceptible."

La règle qui déclare que les meubles n'ont point de droit de suite par l'hypothèque s'applique aux privilèges aussi bien qu'aux hypothèques. (Idem, No 299).

D'où il faut conclure qu'une action hypothécaire pour recouvrer les taxes d'écoles est relative à des droits immobiliers, et par conséquent tombent sous l'Art. 1054 C. P. C. par. 2. Mais on répond, le 2ème par. de l'Art. 1053 ne fait aucune exception ni aucune distinction. Mais ce dernier article stipule quel que soit le montant, non quel que soit la nature. Ensuite

l'Art. 1054 ne fait non plus aucune distinction, et ne renferme aucune exception ; il est aussi absolu que l'autre article. Comment les concilier ? La chose nous semble facile. La règle générale posée par le second par. de l'Art. 1053, est que la Cour de Circuit a juridiction exclusive dans toute demande pour taxes d'écoles. Voilà le terme générique comme de même il est établi par le même article que la même cour a juridiction exclusive dans toute demande en dessous de cent piastres. Est-ce à dire que cette règle n'aura point d'exception ? Non, si l'action est relative à des droits immobiliers, même en dessous de cent piastres, il y a exception à la règle générale, créée par l'Art. 1053. C'est l'Art. 1054 qui établit cette exception. Cette exception ne se trouve pas sous aucun des paragraphes de l'Art. 1053, mais ce n'est pas à dire qu'elle n'existe pas. Les articles dans le Code de Procédure doivent s'interpréter les uns par les autres. Le deuxième paragraphe de l'art. 1054 pose une règle absolue et mentionne toutes demandes relatives à des droits immobiliers, sans faire aucune exception en faveur des actions pour taxes scolaires, ni aucune distinction entre les causes de créance, sur laquelle sont basés les droits immobiliers invoqués dans la demande. Peut-on faire une exception et une distinction où la loi n'en a point fait, et surtout lorsque le législateur a pris la peine d'insérer cette exception pour taxes d'écoles dans le premier paragraphe du même Article 1054 ; pourquoi le législateur n'a-t-il pas répété cette même exception dans le second paragraphe de cet Article ? On ne peut étendre cette exception faite dans un paragraphe, à un autre paragraphe. Si le législateur eut l'intention de rendre cette exception à l'égard des taxes scolaires, commune aux deux paragraphes, il l'aurait répétée, après chaque paragraphe, ou bien il aurait dit au commencement de l'Art. 1054 : " Il y a

exception pour les demandes pour taxes scolaires qui seront régies par l'Art. 1053." Cela était bien facile à faire, le législateur ne l'ayant pas fait, c'est donc que le second paragraphe de l'Art. 1054 ne renferme point une exception eu faveur des taxes d'écoles. Telle a été l'une des raisons principales données par M. le Juge Casault.

" Si le législateur eût voulu, dit-il, étendre l'exception qu'il fait aux deux classes de poursuites dont il s'occupe dans l'Art. 1054, il ne l'aurait pas attachée spécialement à l'une d'elles, mais il l'eût fait commune aux deux en la mettant dans la partie de cet Article qui les comprend toutes deux, et il l'eut fait commencer par les mots : " sauf l'exception contenue dans le deuxième paragraphe de l'Article qui précède." Il ne peut y avoir de doute que ces causes tombent sous l'Art. 1054 ; mais cette solution, qui parait suffisamment claire, le devient encore plus lorsqu'on examine l'Art. 1142 C. P. C.

Les hon. Juges Meredith et McCord ont admis que si les actions hypothécaires pour taxes d'écoles étaient appelables, la question était toute tranchée et que la Cour Supérieure aurait juridiction dans ces causes au chef-lieu de chaque district. Ils se basaient pour prétendre que ces causes n'étaient pas appelables d'abord sur l'Art. 1053, et ensuite sur le premier paragraphe de l'Art. 1142. Nous avons répondu au sujet de l'Art. 1053 ; examinons l'Art. 1142, car on se rappelle que si ces causes étaient appelables, qu'en vertu des Statuts susdits amendant l'Art. 1054, la Cour Supérieure aurait juridiction au chef-lieu de chaque district. Or maintenant, on ne peut plus invoquer l'Art. 1142 pour prétendre que ces causes ne sont plus appelables, car le premier paragraphe de cet article, qui disait qu'il y avait appel de toute demande de cent à deux piastres, excepté pour

taxes d'écoles, a été retranchée entièrement par la 54 Vict., ch. 43, sect. 3. Passons au No 3 du même article, où il y a appel des jugements de la Cour de Circuit dans "les demandes au-dessous de cent piastres qui ont rapport aux honoraires d'offices, aux droits immobiliers, aux matières dans lesquelles les droits futurs des parties peuvent être affectés." Il faut remarquer que les mots "droits immobiliers" doivent se lire séparément, indépendamment des mots "autres matières dans lesquelles les droits futurs des parties peuvent être affectés." Ensuite vient, 4° "Dans toutes actions en déclaration d'hypothèque."

Le No 1 de l'article qui est retranché n'avait rapport qu'aux actions personnelles. La troisième division fait toutes les actions relatives à des droits immobiliers appelables, de même que la quatrième division fait toutes les actions hypothécaires appelables sans aucune distinction, limite ou restriction. Comme dit le Juge Casault: "Y a-t-il moyen de distinguer, de limiter ou de restreindre? Quand le législateur a dit que toutes les actions hypothécaires étaient appelables, sur quoi peut-on s'appuyer pour soutenir que toutes signifie plusieurs seulement? Le législateur qui fait, quelques lignes plus haut, l'exception dans les demandes personnelles, a-t-il pu l'oublier en faisant une dizaine de lignes plus bas, la règle pour les hypothécaires?"

Maintenant, il faut reconnaître s'il restait encore quelque doute, si la question paraissait encore ambiguë, que dans ce cas, il faudrait décider en faveur de la compétence de la Cour Supérieure, qui a toujours juridiction, à moins d'une loi contraire. Il faut une disposition expresse et claire pour lui enlever sa juridiction dans une cause. Mais, dit-on, en instituant ces actions devant la Cour Supérieure, vous

augmentez les frais et vous retardez la collection des taxes et par là vous violez l'intention du législateur. D'abord une action hypothécaire en Cour Supérieure, si je ne me trompe pas, n'entraîne pas plus de frais qu'en Cour de Circuit : les taxes judiciaires et les honoraires d'avocats sont les mêmes, suivant le montant réclamé. Et ensuite, la raison pour limiter à une seule juridiction une poursuite contre le débiteur de taxes scolaires n'existe pas. "Il n'en est pas ainsi de celui auquel on veut arracher son bien pour le paiement d'une dette qu'il ne doit pas. Il a droit à un plus sérieux examen des charges dont on veut grever son bien et à n'être forcé de le livrer qu'après avoir soumis au scrutin des tribunaux d'appel la sentence qui le lui enlève." (Remarques du Juge Casault. Ensuite ces taxes qu'on réclame contre un tiers détenteur peuvent s'élever à des milliers de piastres. Si l'Art. 1053 s'applique à toutes les actions, réelles ou non, pour taxes scolaires, il faudra refuser le droit d'appel dans ces causes, lorsqu'on l'accorde dans une action hépothécaire pour quelques dollars. Ensuite l'action hypothécaire pour taxes scolaires peut avoir pour objet de faire délaisser un immeuble pouvant valoir jusqu'à $20,000.00. Si la loi refusait l'appel dans ces cas, elle serait injuste et ridicule.

Donc il faut conclure :

1o Que l'art. 1053 C. P. C., No 2, ne s'applique qu'aux actions personnelles pour taxes d'écoles, etc.

2o Que l'action hypothécaire pour arrérages de cotisations scolaires ne fait pas exception aux autres actions hypothécaires et qu'elle est appelable.

3o Que l'action hypothécaire pour taxes d'écoles a rapport à des droits immobiliers, et tombe sous le No 2 de l'art. 1054 C. P. C., faisant exception à la

règle générale établie par le No 2 l'art. 1053 C. P. C., qui se trouve restreinte qu'aux actions personnelles.

4o Que cette action est de la juridiction de la Cour Supérieure au chef-lieu de chaque district.

Montréal, février 1897.

CLÉOPHAS LAMOTHE, *avocat.*

BAUX DIVERS.

BAIL. — C'est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose moyennant un certain prix.

BAIL ADMINISTRATIF. — C'est le bail des choses appartenant à l'Etat, aux municipalités ou à des établissements publics dans lequel la loi exige le concours et la surveillance de fonctionnaires administratifs.

BAIL A CENS. — C'était l'aliénation d'un immeuble sous la réserve de la seigneurie directe et d'une redevance annuelle.

BAIL A CHEPTEL. — C'est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner sous certaines conditions quant au partage des profits entr'eux.

BAIL A COLONAGE PARTIAIRE OU A MÉTAIRIE. — C'est un contrat par lequel le propriétaire d'un bien rural le donne à cultiver à un particulier, sous la condition d'un partage de fruits.

BAIL A RENTE. — Par ce contrat un propriétaire cède un immeuble ou un droit immobilier en considérations du paiement d'une rente annuelle perpétuelle ou à terme.

BAIL JUDICIAIRE. — Ce sont ceux qui sont adjugés en justice au plus offrant et dernier enchérisseur.

CLAUSE D'AMEUBLISSEMENT GENERAL

Un grand nombre de contrats de mariage contiennent la clause suivante : " Il y aura communauté de " tous biens meubles et conquêts immeubles et même " des propres, que les époux ameublissent pour les " faire entrer dans leur communauté."

Cette clause a-t-elle pour effet de faire entrer dans la communauté *tous* les biens propres des conjoints, même leurs biens futurs ?

De prime abord, l'on est porté à répondre dans l'affirmative, puisque les termes sont généraux et qu'ils n'impliquent aucune exception. Cependant, presque tous les auteurs enseignent que les *biens futurs* acquis pendant le mariage par l'un des conjoints, ne tombent pas dans cette communauté. La clause d'ameublissement, disent-ils, constitue une exception au droit commun ; elle doit en conséquence être interprêtée d'une manière restrictive en ce qui concerne les immeubles qui en font l'objet. Ainsi l'ameublissement de tous les immeubles ne comprend en général que les biens présents.

Voir dans ce sens, : Pothier, Communauté, No 304, — Duranton, 15, No 57, — Marcadé, sur art. 1505, — Troplong, Contrat de mariage, No 1986, — Rolland de Villargues, Répert. du Notariat, Vo. Ameublissement, No 7, — Aubry & Rau, 5. p. 475.

Tous ces auteurs donnent également, en vertu de la même règle, une interprétation restrictive à la clause générale de réalisation. Ainsi, d'après eux, la réalisation de *tous les meubles* ne peut s'étendre aux meubles acquis par l'un des époux pendant le mariage.

Laurent, (23, No 253), admet cette opinion jusqu'à un certain point, mais refuse d'en faire une règle aussi générale et dit : "Nous ne voudrions pas ainsi décider

cette question *apriori*. C'est une question d'intention. Il faut surtout consulter l'intention des parties contractantes."

D'un autre côté, Toullier (13-333) et Battur (2,395), soutiennent que cette clause est assez générale pour comprendre les biens futurs aussi bien que les biens présents, et refusent d'accepter l'opinion générale.

Cette divergence d'opinion chez les auteurs, doit engager les notaires appelés à rédiger une clause de cette nature, à le faire de manière à exprimer clairement l'intention des parties.

Québec, 19 septembre 1896.

L. P. SIROIS,

Notaire.

BAUX DIVERS.

BAIL A COMPLANT. — C'est un contrat par lequel le propriétaire céde une terre à un fermier, à charge par celui-ci de la planter en vignes et de lui rendre une certaine quantité de fruits et les porter au pressoir, avec la condition que, faute par le preneur de remplir exactement ses obligations, le bail serait résolu sans formalité de justice.

BAIL A CONVENANT OU A DOMAINE CONGÉABLE. — Ce bail est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds en concède la jouissance pour un temps déterminé, moyennant une rente annuelle, avec aliénation, au profit du preneur, des édifices et superfices qui existent sur le fonds et sous la condition expresse que ce preneur ne pourra être expulsé de la jouissance, sans qu'on lui ait préalablement remboursé le coût des édifices et superfices qui existeraient à l'époque de sa sortie et suivant la valeur qu'ils auraient alors.

LA DONATION D'IMMEUBLES EN AVANCEMENT D'HOIRIE EST-ELLE FAITE SOUS LA CONDITION RESOLUTOIRE DE L'ACCEPTATION, PAR LE DONATAIRE, DE LA SUCCESSION DU DONATEUR ?

Pour remplir une promessè faite au directeur de la REVUE LÉGALE, je détache quelques pages du manuscrit de mon *Droit civil canadien*, tome 3, actuellement sous presse, que je le prie de vouloir bien accepter comme un article.

La question que j'y discute me paraît être d'une grande difficulté, surtout pour la raison que les codificateurs, ayant apporté quelques modifications à l'ancienne jurisprudence, nous ont privés par là même de l'avantage de recourir en toute sécurité aux vieux auteurs, ainsi qu'aux commentateurs du code Napoléon, resté fidèle, sous ce rapport, aux anciennes traditions. A cela ajoutez que la question que je me pose n'est jamais venue devant nos tribunaux et que nous ne trouvons nulle part, je ne dirai pas une solution autorisée, mais même une allusion indirecte ou un *obiter dictum*. Dans ces circonstances, je me permets de soumettre à mes confrères ainsi qu'aux légistes de ce pays une solution qui me paraît la plus sûre, mais que je suis tout disposé à réformer s'il y a lieu. Je serais très flatté que l'on voulût me faire à ce sujet des observations ; je ne manquerai pas d'en tirer profit.

Notre droit, quant au rapport des immeubles à la succession du donateur, diffère essentiellement et de l'ancien droit et du droit français moderne. Dans l'ancien droit, le successible donataire d'un immeuble en était propriétaire sous cette condition résolutoire que la donation serait révoquée rétroactivement, c'est-

à-dire considérée comme n'ayant jamais existé, si le successible devenait l'héritier du donataire. Comme le disait Pothier (*Successions*, ch. 4, art. 2, § 7), l'héritier devenait débiteur de l'héritage *en essence et espèce.* Pourtant, dans un cas spécial, le rapport ne se faisait pas réellement. Lorsqu'il se trouvait, dans la succession, des immeubles de pareille valeur et bonté, l'héritier pouvait retenir l'immeuble qui lui avait été donné, à la condition de moins prendre de ces immeubles (Pothier, *loco citato*, § 8). Quand il s'agissait de charges consenties par l'héritier, on poussait, jusqu'à ses dernières conséquences, le principe que la donation faite en avancement d'hoirie était censée consentie sous la condition résolutoire de l'acceptation de la succession, et ces charges disparaissaient avec le droit du successible. Au contraire—ce qui n'était pas logique—l'acheteur de l'immeuble était protégé contre l'action en revendication des cohéritiers du successible. L'héritier pouvait donc vendre l'immeuble irrévocablement ; il ne pouvait l'hypothéquer que sous la même condition résolutoire qui pesait sur sa propriété [1]. Ces principes ont été maintenus par le code Napoléon (art. 859, 860, 865).

Voyons maintenant l'étendue de la modification qui a été apportée à l'ancienne jurisprudence par notre code civil. L'article 728, qui est de droit nouveau, pose la règle suivante :

728. " En fait d'immeubles le donataire ou léga-" taire peut, à son choix, les rapporter dans tous " les cas en nature ou en moins prenant d'après esti-" mation [2]."

---

[1] Comparez Lebrun, *Successions*, pp. 148, 149.

[2] Les termes de notre article écartent une controverse du droit français moderne quant au rapport des legs. Ici l'héritier légataire peut toujours réclamer la chose léguée, sauf à la précompter sur sa part.

Est-ce là une *obligation alternative* ou une *obligation facultative?* On sait qu'il y a *obligation alternative* quand l'une de deux choses est due, le choix appartenant, soit au débiteur—c'est la règle générale,—soit au créancier, c'est l'exception (art. 1093 à 1099). Chacune de ces choses est due sous une alternative, c'est-à-dire sous la condition qu'elle sera choisie. Des règles très compliquées déterminent l'effet de la perte d'une des choses, et l'obligation ne s'éteint absolument que quand elles sont péries toutes deux sans la faute du débiteur. Il y a *obligation facultative*, au contraire, quand une seule chose est due, mais que le débiteur a la faculté de s'acquitter en payant une autre chose à sa place *in facultate solutionis.* Dans ce cas, la perte de la chose due éteint l'obligation sans que le débiteur, qui n'est pas en faute, soit tenu de payer l'autre chose; la perte de cette dernière n'aurait pas le même effet [1].

D'après ce qui vient d'être dit, on voit qu'il y a obligation facultative dans l'obligation de rapporter à la succession du donateur ou testateur les immeubles donnés ou légués. Une seule chose est due, c'est l'immeuble en nature, mais le successible peut se dispenser de le rapporter en espèce en prenant moins d'après estimation. C'est l'obligation d'un corps certain, modifiée par la faculté de paiement dont jouit le débiteur. Il s'ensuit que la perte de l'immeuble par un cas fortuit, qui est arrivé sans la faute du débiteur, éteint l'obligation du rapport [2]. Pour déter-

[1] Voyez M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit Civil*, t. 2, nº 963, pour les autres différences.

[2] C'est la disposition de l'article 727 qui est en ces termes:

727. "L'immeuble donné ou légué, qui a péri par cas fortuit et "sans la faute du donataire ou légataire, n'est pas sujet à rap-"port."

L'article 855 du code Napoléon ne parle pas de l'immeuble légué: c'est la seule différence entre les deux textes.

miner s'il y a faute ou non, on ne pourra invoquer la présomption que l'article 1629 établit contre le locataire en cas d'incendie, les présomptions ne s'étendant pas d'un cas à l'autre, et si l'immeuble était habité par des locataires, il suffirait à l'héritier de rapporter l'action qu'il a contre eux [1]. On enseigne même que l'héritier ne doit pas le rapport de l'indemnité qu'il a reçue d'une compagnie d'assurance [2]. Ajoutons que c'est à l'héritier à prouver le cas fortuit qui a détruit la chose (art. 1200).

On voit donc que, dans l'ancien droit, l'obligation de rapporter un immeuble était, en principe, une obligation pure et simple et, par exeption, une obligation facultative quand il y avait dans la succession des immeubles de pareille valeur et bonté. Il en est de même sous le code Napoléon, tandis que, dans notre droit, cette obligation est toujours facultative. Dans les deux systèmes, les aliénations faites par l'héritier sont maintenues, mais les hypothèques et autres charges qu'il a consenties sont résolues en France, comme elles l'étaient dans l'ancien droit, dès qu'il accepte la succession, alors que, sous notre code, elles sont conservées, mais les cohéritiers du rapportant peuvent alors s'opposer au rapport en nature (art. 731).

On se rendra facilement compte de cette différence essentielle entre les deux systèmes, quant aux hypothèques et charges, par la comparaison de notre article 731 avec l'article 865 du code Napoléon.

L'article 731 de notre code, qui est de droit nouveau, se lit comme suit :—

731. " Lorsque le rapport se fait en nature, si l'im-

---

[1] Pothier, ch. 4, art. 2, § 7 ; Sirey et Gilbert sur l'acte 855 C. N., nos 3 et 4.

[2] Les mêmes, no 5 ; M. Baudry-Lacantinerie, no 266.

" meuble rapporté a été affecté d'hypothèques ou
" charges, les copartageants ont droit à ce que le donataire ou le légataire les fasse disparaître ; s'il ne le fait. il ne peut rapporter qu'en moins prenant.

" Les parties peuvent cependant convenir que le rapport aura lieu en nature ; ce qui se fait sans préjudice aux créanciers hypothécaires, dont la créance est chargée au rapportant dans le partage de la succession."

Au contraire, l'article 865 du code Napoléon, est en ces termes :—

865. " Lorsque le rapport se fait en nature, les biens se réunissent à la masse de la succession, francs et quittes de toutes charges créées par le donataire ; mais les créanciers ayant hypothèque peuvent intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits." [1]

Cela étant, est-il exact de dire que la donation d'immeubles, faite en avancement d'hoirie, soit, dans notre droit comme elle l'était dans l'ancienne jurisprudence, soumise à la condition résolutoire tacite de l'acceptation de la succession du donateur par le donataire ?

Dans leur explication de l'article 725, les codificateurs disent que les immeubles " ne sont donnés qu'à la condition tacite de les rapporter et n'appartiennent pas véritablement au donataire." Mais je ne suis pas disposé à attacher beaucoup d'importance à cette énonciation, car les codificateurs me paraissent s'exprimer au point de vue du droit alors existant, lequel ne faisait aucun doute sur l'existence de cette condition résolutoire tacite. Ce droit a été modifié

---

[1] Notre article 745 reconnaît aux créanciers de la succession et à ceux des copartageants, le droit d'assister au partage et de l'attaquer s'il est fait en fraude de leurs droits.

par la codification, et sans parler des aliénations qui ont toujours été regardées comme valides, les hypothèques consenties par le donataire sont maintenant expressément conservées. En vue de cette modification, je crois qu'il faut distinguer, pour répondre à la question que j'ai posée, le cas des successeurs à titre particulier du donataire de celui de ce donataire lui-même; il convient encore, dans la discussion de cette question, d'envisager séparément les charges créées ou les actes faits avant l'ouverture de la succession et ceux qui lui sont subséquents.

Quant aux successeurs à titre particulier—et il faut regarder comme tels les créanciers hypothécaires—il est clair que cette condition n'existe pas, du moins en ce qui se rapporte aux droits acquis avant l'ouverture de la succession [1]. L'aliénation est permise ici comme en France, mais notre article 731 porte que le rapport en nature se fait sans préjudice aux créanciers hypothécaires, dont les créances sont conservées dans notre droit, tandis qu'en France, les hypothèques et charges dont l'immeuble est grevé disparaissent dès l'acceptation par le donataire de la succession du donateur. La pensée du législateur semble être celle-ci : l'héritier peut, en principe, rapporter l'immeuble en nature ou en moins prenant ; mais s'il a aliéné l'immeuble, il ne peut être question de rapport en nature, et s'il l'a grevé d'hypothèques ou d'autres charges, il ne peut le rapporter en espèce qu'avec le consentement de ses cohéritiers. Les hypothèques sont conservées, mais, de même que les aliénations, elles sont un obstacle au rapport en nature. Car, dit l'article 731, les copartageants ont droit à ce que le donataire ou légataire fasse disparaître ces charges, et s'il ne le

---

[1] J'examinerai plus loin la question de l'effet du rapport sur les charges créées après l'ouverture de la succession.

fait, il ne peut rapporter qu'en moins prenant, à moins que les parties n'y consentent, et alors le rapport se fait sans préjudice aux créanciers hypothécaires, dont la créance est chargée au rapportant dans le partage de la succession. Je conclus donc qu'il n'y a aucune condition résolutoire tacite qui puisse être invoquée contre les successeurs à titre particulier dont le titre est antérieur à l'ouverture de la succession.

Mais entre les parties, c'est-à-dire entre le donataire et ses cohéritiers, je suis d'avis que cette condition existe et qu'elle s'accomplira rétroactivement par le rapport de l'immeuble. L'effet de son accomplissement, c'est que la donation est censée n'avoir jamais existé, elle est anéantie rétroactivement et l'immeuble donné est réputé avoir toujours été la propriété du donateur. Cette solution s'impose à la lecture de l'article 746, qui veut que chaque copartageant soit censé avoir succédé seul et immédiatement à toutes les choses comprises dans son lot ou à lui échues sur licitation. Donc, si l'immeuble rapporté échoit à l'un des cohéritiers du rapportant, il le tiendra directement du donateur décédé, ce qui nous force de conclure qu'entre le donateur et ses héritiers et le donataire, la donation est regardée comme n'ayant jamais existé.

J'ai dit que, quant aux droits acquis par des tiers avant l'ouverture de la succession, la condition résolutoire reste sans effet, alors qu'elle s'accomplit entre le donataire et ses cohéritiers. Cette solution découle rigoureusement des principes. Il me reste maintenant à envisager les actes qui sont postérieurs à l'ouverture de la succession. Ces actes sont-ils valides malgré le décès antérieur du donateur et l'acceptation de sa succession par le donataire ? Il n'y a guère de difficulté quant aux actes faits par le donataire après que le rapport a été légalement effectué en nature. Leur validité

est subordonnée au résultat du partage, et sera nulle si l'immeuble rapporté ne fait pas retour au lot du rapportant. Mais peut-on aller plus loin et dire, quant aux actes accomplis après l'ouverture de la succession mais avant le rapport, que le droit du donataire est résolu dès le jour de l'ouverture de la succession, même quant aux tiers—car il est certain que la rétroactivité doit être admise entre le donataire et ses cohéritiers, quand ce rapport est fait en nature—en sorte que les actes faits depuis la mort du *de cujus* se trouveraient résolus ? En d'autres termes, à quelle époque la condition résolutoire s'accomplira-t-elle vis-à-vis des tiers ? Est-ce à l'ouverture de la succession, quelle que soit la nature du rapport ? Est-ce seulement au moment du rapport en nature ? Dans l'ancien droit, la condition résolutoire s'accomplissait quand le donataire acceptait la succession, et la donation était censée résolue dès l'ouverture de cette succession; vis-à-vis des créanciers hypothécaires, la donation était même censée n'avoir jamais existé. Mais après l'ouverture de la succession, l'immeuble rentrait de plein droit dans la masse, de sorte que dès ce moment le donataire acceptant la succession ne pouvait en disposer d'aucune manière, car l'effet de l'acceptation remonte au jour de cette ouverture (art. 644). Telle est encore la doctrine du code Napoléon. En est-il de même dans notre droit depuis la codification ?

I

Pour l'affirmative on peut dire que le rapport est l'un des incidents du partage. Quand il se fait réellement il anéantit le titre du rapportant. La solution doit être la même dans le cas du rapport en moins prenant, qui n'est qu'une fiction. L'héritier est censé rapporter l'immeuble au partage et ensuite le retrouver

dans son lot, mais afin d'éviter un circuit, on dispense l'héritier de rendre l'immeuble à la masse, puisqu'on lui reconnaît le droit de le faire mettre dans son lot. Cette fiction a tous les effets du rapport en nature, et la situation est absolument la même, quant aux effets du rapport, que si le donataire rapportait réellement l'immeuble et ensuite le tirait au sort. Quand le rapport se fait en moins prenant, l'on porte fictivement l'immeuble dans la masse de la succession, afin de constater la valeur totale de cette masse, et ensuite on le remet, toujours d'une manière fictive, dans le lot du rapportant, et on réduit d'autant le droit de ce dernier aux autres biens de la succession. Soit donc un immeuble donné qui est estimé à $1,000, la part de chaque cohéritier étant de $5,000. Le donataire optant pour le rapport en moins prenant ne prendra que $4,000 dans les autres biens de la succession, et son lot se composera : 1o de l'immeuble donné ; 2o de biens évalués à $4,000.

N'est-ce pas là ce que consacre formellement l'article 701, qui dit que si le rapport n'est pas fait en nature, les cohéritiers à qui il est dû prélèvent une portion égale sur la masse de la succession ? Et cet article ajoute que les prélèvements se font, autant que possible, en objets de même nature, qualité et bonté que les objets non rapportés en nature. Donc le rapport fait en moins prenant, contre-balancé qu'il l'est par les prélèvements des autres cohéritiers, n'est qu'une opération préliminaire du partage. Dans l'espèce que je viens de supposer, le rapportant gardant son immeuble estimé à $1,000, chaque cohéritier prélèvera autant que possible, sur la masse de la succession, un immeuble de même valeur. Le rapport en moins prenant ainsi que ces prélèvements ne constituent donc qu'un partage de partie de la succession.

Il est donc acquis que le rapport, qu'il soit effectué

en nature ou en moins prenant, n'est qu'un incident du partage. Cela étant, il ne reste qu'à appliquer l'article 746.

Or cet article—qui est une disposition fondamentale en matière de partage, un article principe—porte que chaque copartageant *est censé avoir succédé seul et immédiatement à toutes les choses comprises dans son lot.* Donc, le rapportant est censé avoir *succédé* à l'immeuble qu'il ne rapporte pas en nature ; il ne le tient pas à titre de *donation*, mais à titre de *succession*. Et quand s'est ouvert pour lui ce droit de succession ? A la mort du donateur (art. 601 et 607), car l'acceptation qu'il a faite de la qualité d'héritier de ce donateur remonte au jour de l'ouverture de cette succession (art. 644). Par conséquent, il a succédé, dès le moment de l'ouverture de la succession du donateur, aux biens qu'il tenait auparavant à titre de donataire. Et s'il en est ainsi du rapport fait en moins prenant il doit en être de même et à plus forte raison du rapport effectué en nature ; le titre du donataire est résolu, et si l'immeuble rapporté fait retour au lot du rapportant, ce dernier le tiendra à titre de succession.

Que conclure de là, si ce n'est que les biens que l'héritier rapporte en moins prenant comme ceux qu'il rapporte en nature, sont rentrés dans la succession du donateur dès son ouverture, et que le droit du donataire qui a accepté cette succession a été résolu à ce moment ? S'il n'en est pas ainsi, pourquoi l'article 722, qui s'applique au rapport en nature et en moins prenant, porte-t-il que les fruits des choses sujettes à rapport sont dus à compter du jour de l'ouverture de la succession ? Si la condition résolutoire ne s'accomplissait qu'au moment du rapport, les fruits et revenus de l'immeuble rapporté devraient appartenir au raportant jusqu'à ce que le rapport soit fait, car les fruits et revenus d'une chose appartiennent au

propriétaire de cette chose (art. 409). La conclusion n'est-elle donc pas irrésistible que la succession du donateur, dès son ouverture, a été propriétaire de l'immeuble donné en avancement d'hoirie, lorsque le donataire a accepté cette succession ?

Par conséquent, dès l'instant de la mort du donateur, la donation en avancement d'hoirie est résolue, lorsque le donataire accepte la succession du donateur. Cette solution admise, il ne reste qu'à en tirer une conséquence capitale.

Nous avons vu que, par suite d'une modification apportée par le code à l'ancienne jurisprudence, les hypothèques et autres charges consenties sur les biens donnés en avancement d'hoirie, ne sont pas affectées par le rapport fait en nature (art. 731). Mais il faut restreindre cette disposition aux hypothèques et charges consenties avant l'ouverture de la succession, alors qu'aucune condition résolutoire, pouvant être opposée aux successeurs à titre particulier, ne pesait sur la propriété donnée. Après l'ouverture de la succession, l'immeuble donné étant rentré dans la succession du donateur, a cessé d'appartenir au donataire. Or l'hypothèque ne peut être consentie que par le propriétaire de l'immeuble hypothéqué, et le donataire n'en est plus propriétaire. En vain, opposera-t-on les termes de l'article 731, en prétendant que cet article ne distingue pas l'hypothèque consentie après l'ouverture de la succession de celle qui est constituée avant. On peut répondre à cette objection qu'il faut lire cet article avec la disposition de l'article 746, aux termes duquel l'immeuble rapporté en nature—et c'est l'espèce de l'article 731—s'il échеoit à l'un des cohéritiers, est censé avoir toujours depuis l'ouverture de la succession appartenu à ce cohéritier. Si l'article 731 devait s'appliquer même aux hypothèques postérieures à l'ouverture de la succession, et si le

rapport de l'immeuble hypothéqué était sans effet quant au créancier hypothécaire, ces deux dispositions seraient contradictoires. Le cohéritier qui a recueilli l'immeuble serait censé avoir été propriétaire de cet immeuble au moment même que l'hypothèque a été consentie par le rapportant, et malgré cela il devrait respecter cette hypothèque ! Ne vaut-il pas mieux appliquer ici la règle du droit commun qui veut que l'hypothèque qu'un cohéritier consent sur un immeuble de la succession—et l'immeuble hypothéqué a appartenu à cette succession dès son ouverture—ne vaille qu'au cas où cet immeuble lui écheoit au partage ?

Cette conséquence n'aurait pas lieu dans deux cas : 1o quand l'immeuble a été rapporté en moins prenant ; 2o quand l'immeuble a été rapporté en nature mais qu'il est échu au rapportant par l'effet du partage. La raison en est, non pas que la donation n'a pas été résolue—au contraire, elle l'a été—mais que le donataire, par suite de la présomption de l'article 746, est censé avoir été propriétaire au moment même de la création de la charge. Voy. aussi l'article 2043.

Toutes ces solutions seraient applicables au cas de la vente faite par le donataire après l'ouverture de la succession. Le rapportant en nature a vendu la chose d'autrui, et cette vente ne vaudrait que si l'immeuble lui écheoit au partage, tant aux termes de l'article 746 que de l'article 1488.

II

Pour la négative, on peut raisonner comme suit. Le code, innovant au droit ancien, pose le principe absolu qu'en fait d'immeubles, le donataire peut, à son choix, les rapporter, *dans tous les cas*, en nature ou en moins prenant d'après estimation (art. 728).

Cela n'empêche pas, il est vrai, qu'une seule chose ne soit due, l'immeuble, mais en accordant au débiteur la faculté de se libérer en payant l'estimation de cet immeuble, la loi lui laisse l'option, ou bien de conserver le bénéfice de la donation, ou bien d'y renoncer en rapportant l'immeuble en nature.

Supposons maintenant qu'il prenne ce dernier parti et qu'il offre de faire un rapport en nature. L'immeuble alors rentre dans la masse. La donation est anéantie rétroactivement quant au donataire et à ses cohéritiers. Quant aux tiers qui ont acquis des hypothèques après l'ouverture de la succession, l'article 731, qui ne distingue pas les charges créées avant l'ouverture de celles qui ont été consenties depuis, porte expressément que si l'immeuble rapporté a été affecté d'hypothèques ou de charges, les copartageants ont droit à ce que le donataire les fasse disparaître, *s'il ne le fait, il ne peut rapporter qu'en moins prenant.* Donc l'existence de ces charges ou hypothèques est, comme je l'ai dit ailleurs, un obstacle au rapport en nature. En d'autres termes, le donataire doit rapporter l'immeuble libre de toutes charges ou hypothèques, et s'il ne peut pas le faire, il ne peut effectuer le rapport qu'en moins prenant.

Où est donc la contradiction entre cet article 731 et l'article 746 ? Le rapport en nature ne pouvant se faire lorsque l'immeuble a été grevé de charges par le donataire, celui-ci reste toujours propriétaire, et, soit que l'on considère la donation comme ayant été maintenue, soit que l'on regarde le rapport en moins prenant comme ayant l'effet de placer l'immeuble donné dans le lot du donataire, les charges sont conservées, car, au moment de leur création, le donataire était propriétaire de l'immeuble. Le rapport en nature étant alors impossible, l'immeuble ne peut jamais échoir à l'un des cohéritiers du donataire, et

on ne se trouve donc pas à maintenir une charge consentie par le donataire à un moment où, par l'effet de la présomption de l'article 746, son cohéritier était propriétaire de l'immeuble affecté de cette charge.

On insiste et on dit : aux termes du deuxième alinéa de l'article 731 les parties peuvent consentir que le rapport de l'immeuble se fasse en nature. Alors, si l'immeuble écheoit au cohéritier du donataire, ce cohéritier sera censé en avoir été propriétaire au moment de la création de la charge, et malgré cela, il devrait la respecter ! La réponse est facile. En consentant au rapport en nature, le cohéritier s'est engagé à subir la charge si l'immeuble tombait dans son lot. Il n'y a donc pas contradiction, puisque le cohéritier s'est soumis d'avance à cette charge. D'ailleurs, l'article 731, toujours sans distinguer les charges créées avant l'ouverture de la succession de celles qui lui sont subséquentes, ajoute immédiatement que le rapport se fait *sans préjudice aux créanciers hypothécaires*. N'est-ce pas là affirmer de la manière la plus absolue que les hypothèques même subséquentes à la mort du donataire doivent être respectées ?

Il ne reste que l'article 722 dont l'effet est d'obliger le donataire à rapporter les fruits de la chose échus depuis l'ouverture de la succession. Mais il ne faudrait pas conclure de là que cette attibution à la succession de fruits postérieurs à l'ouverture, est basée sur le fait que la succession, dès l'instant de cette ouverture, serait devenue propriétaire de l'immeuble. Sans doute, ce motif peut être invoqué, mais n'est-ce pas là la seule ni, à mon avis, la véritable raison de la loi. L'obligation de rapporter un immeuble est l'obligation d'un corps certain, avec faculté pour le débiteur de se libérer en payant l'estimation de cet immeuble. Il est naturel, puisque le donataire doit cet immeuble à la succession, qu'il en doive également les

fruits qui en sont des accesoires [1]. D'ailleurs, on peut dire que les cohéritiers sont, les uns à l'égard des autres, dans la même position que des associés, entre lesquels les intérêts courent de plein droit [2]. Voyez l'application de ce principe dans le cas de la communauté (art. 1360) et de la société (art. 1840).

Le moment capital donc, quant à la question de la validité des charges et à tous autres égards, est celui où le donataire fait l'option que la loi lui accorde. Fait-il le rapport en nature : son droit de propriété est résolu, rétroactivement quant à ses cohéritiers, pour l'avenir seulement à l'égard de ceux qui ont acquis quelque droit dans l'immeuble. C'est donc à ce moment là et non à l'époque de l'ouverture de la successon que s'opère la résolution de la donation quant aux tiers [3].

Je crois que cette dernière solution est la seule que nous puissions adopter dans notre droit. Il est vrai que, même dans les cas où le rapport en nature ou en moins prenant est facultatif en France, on ne paraît admettre aucune exception au principe que la donation en avancement d'hoirie est résolue dès le jour de l'ouverture de la succession [4]. Mais notre article 731 dissipe tout doute. Si les tiers ont acquis

[1] Comp. les art. 1498, 1499 et 1534 de notre code civil.

[2] Demolombe, t. 16, n° 446. Du reste, l'article 722 s'applique même dans le cas des meubles, lesquels se rapportent toujours en moins prenant.

[3] Je crois que l'acte qui constate le rapport en nature devrait être enregistré.

[4] Voy. pourtant Demolombe, t. 16, n°s 508-9. Cet éminent jurisconsulte dit que lorsque le rapport se fait en moins prenant, le rapportant conserve *à titre de part d'hoirie* l'immeuble même qu'il a reçu *à titre d'avancement d'hoirie*, et que, partant, on ne peut dire, en réalité, que son titre ait subi de résolution.

quelque droit dans l'immeuble, le rapport est impossible à moins que les cohéritiers du donataire n'y consentent et alors ils subissent la charge de leur plein gré

L'aliénation de l'immeuble tombe sous l'empire des mêmes règles. Avant comme après l'ouverture de la succession, mais avant le rapport en nature, le donataire peut aliéner l'immeuble. Dans ce cas, il fera rapport en moins prenant d'après l'estimation de l'immeuble. En aliénant cet immeuble il a fait option de ne point le rapporter en nature. Il doit donc rapporter à la succession, non pas le prix qu'il a reçu, mais la valeur de l'immeuble.

P. B. MIGNAULT.

PROCÈS.—On doit faire pour éviter les procès, tout ce qui dépend de soi et peut-être même un peu plus : car il est non-seulement honnête, mais quelque fois utile, de relâcher un peu de ses droits.

Cicéron. De off., II, 18.

BASILIQUES.—Les *basiliques* sont un corps de droit en langue grecque, extrait des diverses parties de la compilation de Justinien et des constitutions promulguées par les successeurs de ce prince jusqu'en 847, à l'époque où l'empereur Basile-le-Macédonien fit commencer ce travail. Les Basiliques renferment aussi un abrégé des travaux des principaux jurisconsultes grecs et des canons des conciles. Les codes de la Grèce faits en 1830 sont en grande partie tirés des *basiliques*.

DE LA VALIDITE DES ALIENATIONS ET CONSTITUTIONS D'HYPOTHEQUES FAITES EN VERTU D'UNE PROCURATION GENERALE D'UNE FEMME MARIEE.

Dans le dernier numéro de la REVUE LEGALE, M. le notaire Sirois examine l'espèce suivante :

Une femme mariée donne à son mari ou à un étranger une procuration générale par laquelle elle les autorise expressément à aliéner et hypothéquer ses biens meubles et immeubles. Le mandataire muni de cette procuration peut-il valablement aliéner ou hypothéquer les immeubles de cette femme ?

On voit qu'il s'agit d'une question des plus pratiques, car rien n'est plus commun que des procurations de ce genre : presque toutes les femmes séparées de biens en donnent à leurs maris.

M. Sirois résout cette question dans la négative, et s'appuie sur ce que, à son avis, cette procuration est nulle.

Nous devons d'abord supposer que la femme a donné la procuration avec l'autorisation de son mari, car, sans cela, il n'y aurait aucune discussion possible, puisque la procuration serait frappée d'une nullité radicale, absolue, qui la ferait considérer comme inexistante (Code civil, art. 177 et 183).

Mais si la femme a donné la procuration avec l'autorisation de son mari, le mandat qu'elle comporte est parfaitement valable, car les actes que fait une femme mariée autorisée de son mari ont une même valeur que ceux que ferait une fille ou une veuve, et il n'y a aucun doute qu'une fille ou une veuve pourrait parfaitement donner un semblable mandat.

La validité du mandat dont il s'agit ne me paraît donc pas susceptible de discussion. Mais le mari ou

l'étranger qui l'ont reçu peuvent-ils, en vertu du pouvoir qu'il leur donne, aliéner ou hypothéquer les immeubles de la femme ? Voilà la vraie question.

Si le mandat était donné par une femme non mariée, il n'y a aucun doute que le mandataire pourrait faire ces actes, puisque la procuration lui en donne le pouvoir en termes exprès. M. le notaire Sirois l'admet d'ailleurs. Or quelle différence fait la qualité de femme mariée chez celle qui a donné le mandat ? Simplement celle-ci : c'est que si elle voulait elle-même aliéner ou hypothéquer ses immeubles, il lui faudrait une autorisation *spéciale* pour chaque acte d'aliénation ou de constitution d'hypothèque. Comme elle n'a pu donner à un autre plus de pouvoir qu'elle n'en avait elle-même, son mandataire ne peut donc faire ces actes sans l'autorisation *spéciale* du mari.

Si c'est le mari lui-même qui est muni de la procuration, et qui fait ces actes pour sa femme, on ne peut prétendre qu'il les fait sans autorisation, car, d'après notre droit actuel, l'autorisation maritale ne se donne plus dans une forme pour ainsi dire sacramentelle, comme autrefois ; pour qu'une femme soit suffisamment autorisée à faire un acte, il suffit que le mari y concourre, ou qu'il y ait consenti par écrit (Code civil, art. 177). Or comment pourrait-on dire que le mari ne concourt pas dans un acte, lorsque c'est lui qui le fait, comme dans le cas que nous examinons. Les aliénations et constitutions d'hypothèques faites par le mari sont donc parfaitement valables.

Mais si la procuration générale avait été donnée à un étranger, il ne pourrait faire aucun acte d'aliénation ou de constitution d'hypothèque sans une autorisation spéciale du mari. La raison en est que la femme elle-même ne pourrait les faire sans cette autorisation ; or elle ne peut pas donner à un autre le pouvoir de faire ce qu'elle ne pourrait faire elle même.

Je n'ignore pas que la majorité des autorités françaises sont contraires à l'opinion que je viens d'exprimer, et disent que pas plus le mari que l'étranger muni de la procuration générale dont il s'agit ne peut faire des actes d'aliénation ou de constitution d'hypothèques.

Mais ces autorités sont sans valeur, parce que notre droit sur l'autorisation maritale est essentiellement différent du droit français moderne. En France, l'autorisation maritale a pour objet de protéger la femme mariée contre son inexpérience. On l'assimile au mineur, et ses actes non autorisés ne peuvent être attaqués que par elle, et seulement s'ils lui sont préjudiciables. Chez nous, au contraire, on ne traite pas la femme comme si elle perdait la tête en se mariant, et l'on suppose qu'elle a autant de capacité pour les affaires qu'avant son mariage. Si elle a besoin de l'autorisation de son mari, ce n'est pas parce qu'on veut la protéger, mais parce qu'on veut la forcer ainsi à respecter l'autorité maritale. Aussi ses actes non autorisés sont-ils nuls aussi bien lorsqu'ils lui sont avantageux que lorsqu'ils lui sont préjudiciables, et ils peuvent être attaqués, non pas seulement par elle, mais par tous ceux qui y ont intérêt (Code civil, art. 183). Cette doctrine du Code civil n'est que la reproduction de celle de Pothier. Voici ce qu'il dit sur ce sujet (Puissance maritale, numéro, 3) :

" Le besoin qu'à la femme de cette autorisation de son mari, n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et les veuves, qui n'ont pas besoin d'autorisation.

" La nécessité de l'autorisation du mari n'est donc fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet à sa femme de rien faire que dépendamment de lui."

Ceci répond complètement au principal argument des autorités françaises modernes en faveur de l'opinion de M. le notaire Sirois, que si l'on permettait à une femme de faire aliéner ou grever d'hypothèques ses immeubles en vertu d'une procuration générale de son mari, cela l'exposerait à être ruinée.

F. LANGELIER.

LES OLINS.—Les *Olins* sont les plus anciens régistres du parlement de Paris, contenant le rapport des causes et des décisions de la cour du roi, sous la coutume de Paris, de 1254 à 1318.

LAFERRIÈRE. *Droit français*, p. 329.

ADMINUCULE.—Dérivé du mot latin *Adminiculum* (ad manum), appris, étai.—Il sert à désigner une circonstance qui, insuffisante pour constituer une preuve, tend cependant à la former ou à la fortifier. C'est un commencement de preuve, une preuve imparfaite, ainsi qu'on l'a défini.

J. P., EOD. VO.

ALEU OU FRANC-ALLEU.—Dans le langage du droit, ce mot désigne l'héritage qui ne devait point de droits seigneuriaux. Le franc-alleu noble était celui auquel étaient attachés une justice, des fiefs et des censives. Le franc-alleu roturier était celui qui ne comportait ni justice ni fief.

TABLE DES MATIÈRES

PAR

ORDRE ALPHABÉTIQUE

CONTENUES DANS LE DEUXIÈME VOLUME.

TABLE DES AUTEURS

PAR

ORDRE ALPHABÉTIQUE.




Stanford Law Library
3 6105 062 611 384

